Impactos da pandemia Covid-19 no Direito de Família e das Sucessões

Larissa Maria de Moraes Leal
Lorena Guedes Duarte
(Coordenadoras)

Impactos da pandemia Covid-19 no Direito de Família e das Sucessões

Brasília – DF, 2020

Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M
Brasília – DF CEP: 70070-939

Distribuição: Conselho Federal da OAB – GRE
E-mail: oabeditora@oab.org.br

Revisão: Flavia Brandão Maia Perez, Thais Câmara Maia Fernandes Coelho e Venceslau Tavares Costa Filho

FICHA CATALOGRÁFICA

I34

Impactos da pandemia covid-19 no direito de família e das sucessões / coordenador: Larissa Maria de Moraes Leal, Lorena Guedes Duarte – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2020.

xvi, 474 p.

ISBN: 978-65-5819-002-8.

1. Direito de família, Brasil. 2. COVID-19, Brasil. 3. Pandemia, Brasil. 4. Relações familiares, aspectos psicológicos, Brasil. 5. Violência doméstica, Brasil. 6. Família, aspectos psicológicos, Brasil. I. Leal, Larissa Maria de Morais, coord. II. Duarte, Lorena Guedes, coord. III. Título.

CDD: 342.16
CDU: 347.6

Elaborada por: CRB 1-3148.

Gestão 2019/2022

Diretoria

Felipe Santa Cruz	Presidente
Luiz Viana Queiroz	Vice-Presidente
José Alberto Simonetti	Secretário-Geral
Ary Raghiant Neto	Secretário-Geral Adjunto
José Augusto Araújo de Noronha	Diretor-Tesoureiro

Conselheiros Federais

AC: Cláudia Maria da Fontoura Messias Sabino; **AL:** Fernanda Marinela de Sousa Santos, Fernando Carlos Araújo de Paiva e Roberto Tavares Mendes Filho; **AP:** Alessandro de Jesus Uchôa de Brito, Felipe Sarmento Cordeiro e Helder José Freitas de Lima Ferreira; **AM:** Aniello Miranda Aufiero, Cláudia Alves Lopes Bernardino e José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral; **BA:** Carlos Alberto Medauar Reis, Daniela Lima de Andrade Borges e Luiz Viana Queiroz; **CE:** André Luiz de Souza Costa; Hélio das Chagas Leitão Neto e Marcelo Mota Gurgel do Amaral; **DF:** Daniela Rodrigues Teixeira, Francisco Queiroz Caputo Neto e Vilson Marcelo Malchow Vedana; **ES:** Jedson Marchesi Maioli, Luciana Mattar Vilela Nemer e Luiz Cláudio Silva Allemand; **GO:** Marcello Terto e Silva, Marisvaldo Cortez Amado e Valentina Jungmann Cintra; **MA:** Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes, Charles Henrique Miguez Dias e Daniel Blume Pereira de Almeida; **MT:** Felipe Matheus de França Guerra, Joaquim Felipe Spadoni e Ulisses Rabaneda dos Santos; **MS:** Ary Raghiant Neto, Luís Cláudio Alves Pereira e Wander Medeiros Arena da Costa; **MG:** Antônio Fabrício de Matos Gonçalves, Bruno Reis de Figueiredo e Luciana Diniz Nepomuceno; **PA:** Afonso Marcius Vaz Lobato, Bruno Menezes Coelho de Souza e Jader Kahwage David; **PB:** Harrison Alexandre Targino, Odon Bezerra Cavalcanti Sobrinho e Rogério Magnus Varela Gonçalves; **PR:** Airton Martins Molina, José Augusto Araújo de Noronha e Juliano José Breda; **PE:** Leonardo Accioly da Silva, Ronnie Preuss Duarte e Silvia Márcia Nogueira; **PI:** Andreya Lorena Santos Macêdo, Chico Couto de Noronha Pessoa e Geórgia Ferreira Martins Nunes; **RJ:** Carlos Roberto de Siqueira Castro, Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara e Marcelo Fontes Cesar de Oliveira; **RN:** Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Artêmio Jorge de Araújo Azevedo e Francisco Canindé Maia; **RS:** Cléa Anna Maria Carpi da Rocha, Rafael Braude Canterji e Renato da Costa Figueira; **RO:** Alex Souza de Moraes Sarkis, Andrey Cavalcante de Carvalho e Franciany D'Alessandra Dias de Paula; **RR:** Emerson Luis Delgado Gomes e Rodolpho César Maia de Morais; **SC:** Fábio Jeremias de Souza, Paulo Marcondes Brincas e Sandra Krieger Gonçalves; **SP:** Alexandre Ogusuku, Guilherme Octávio Batochio e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró; **SE:** Adélia Moreira Pessoa, Maurício Gentil Monteiro e Paulo Raimundo Lima Ralin; **TO:** Antônio Pimentel Neto, Denise Rosa Santana Fonseca e Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale.

Conselheiros Federais Suplentes

AC: Luiz Saraiva Correia, João Tota Soares de Figueiredo Filho e Odilardo José Brito Marques; **AL:** Ana Kilza Santos Patriota, João Luís Lôbo Silva e Sergio Ludmer; **AP:** Emmanuel Dante Soares Pereira, Maurício Silva Pereira e Paola Julien Oliveira dos Santos; **AM:** Márcia Maria Cota do Álamo e Sergio Rodrigo Russo Vieira; **BA:** Antonio Adonias Aguiar Bastos, Ilana Kátia Vieira Campos e

Ubirajara Gondim de Brito Ávila; **CE:** Alcimor Aguiar Rocha Neto, André Rodrigues Parente e Leonardo Roberto Oliveira de Vasconcelos; **DF:** Raquel Bezerra Cândido, Rodrigo Badaró Almeida de Castro e Ticiano Figueiredo de Oliveira; **ES:** Carlos Magno Gonzaga Cardoso, Luiz Henrique Antunes Alochio e Ricardo Álvares da Silva Campos Júnior; **GO:** Dalmo Jacob do Amaral Júnior, Fernando de Paula Gomes Ferreira e Rafael Lara Martins; **MA:** Deborah Porto Cartágenes, João Batista Ericeira e Yuri Brito Corrêa; **MT:** Ana Carolina Naves Dias Barchet, Duilio Piato Junior e José Carlos de Oliveira Guimarães Junior; **MS:** Afeife Mohamad Hajj, Luíz Renê Gonçalves do Amaral e Vinícius Carneiro Monteiro Paiva; **MG:** Felipe Martins Pinto, Joel Gomes Moreira Filho e Róbison Divino Alves; **PA:** Luiz Sérgio Pinheiro Filho e Olavo Câmara de Oliveira Junior; **PB:** Marina Motta Benevides Gadelha, Rodrigo Azevedo Toscano de Brito e Wilson Sales Belchior; **PR:** Artur Humberto Piancastelli, Flavio Pansieri e Graciela Iurk Marins; **PE:** Ademar Rigueira Neto, Carlos Antônio Harten Filho e Graciele Pinheiro Lins Lima; **PI:** Raimundo de Araújo Silva Júnior, Shaymmon Emanoel Rodrigues de Moura Sousa e Thiago Anastácio Carcará; **RJ:** Eurico de Jesus Teles Neto; Flavio Diz Zveiter e Gabriel Francisco Leonardos; **RN:** Fernando Pinto de Araújo Neto e Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade; **RS:** Beatriz Maria Luchese Peruffo, Greice Fonseca Stocker e Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira; **RO:** Jeverson Leandro Costa, Juacy dos Santos Loura Júnior e Veralice Gonçalves de Souza Veris; **RR:** Bernardino Dias de Souza Cruz Neto, Dalva Maria Machado e Stélio Dener de Souza Cruz; **SC:** José Sérgio da Silva Cristóvam, Sabine Mara Müller Souto e Tullo Cavallazzi Filho; **SP:** Alice Bianchini, Daniela Campos Liborio e Fernando Calza de Salles Freire; **SE:** Glícia Thaís Salmeron de Miranda, Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar e Vitor Lisboa Oliveira; **TO:** Alessandro de Paula Canedo, Cabral Santos Gonçalves e Luiz Tadeu Guardiero Azevedo.

Ex-Presidentes

1. Levi Carneiro (1933/1938) **2.** Fernando de Melo Viana (1938/1944) **3.** Raul Fernandes (1944/1948) **4.** Augusto Pinto Lima (1948) **5.** Odilon de Andrade (1948/1950) **6.** Haroldo Valladão (1950/1952) **7.** Attílio Viváqua (1952/1954) **8.** Miguel Seabra Fagundes (1954/1956) **9.** Nehemias Gueiros (1956/1958) **10.** Alcino de Paula Salazar (1958/1960) **11.** José Eduardo do P. Kelly (1960/1962) **12.** Carlos Povina Cavalcanti (1962/1965) **13.** Themístocles M. Ferreira (1965) **14.** Alberto Barreto de Melo (1965/1967) **15.** Samuel Vital Duarte (1967/1969) **16.** Laudo de Almeida Camargo (1969/1971) **17.** Membro Honorário Vitalício José Cavalcanti Neves (1971/1973) **18.** José Ribeiro de Castro Filho (1973/1975) **19.** Caio Mário da Silva Pereira (1975/1977) **20.** Raymundo Faoro (1977/1979) **21.** Eduardo Seabra Fagundes (1979/1981) **22.** Membro Honorário Vitalício J. Bernardo Cabral (1981/1983) **23.** Membro Honorário Vitalício Mário Sérgio Duarte Garcia (1983/1985) **24.** Hermann Assis Baeta (1985/1987) **25.** Márcio Thomaz Bastos (1987/1989) **26.** Ophir Filgueiras Cavalcante (1989/1991) **27.** Membro Honorário Vitalício Marcello Lavenère Machado (1991/1993) **28.** Membro Honorário Vitalício José Roberto Batochio (1993/1995) **29.** Membro Honorário Vitalício Ernando Uchoa Lima (1995/1998) **30.** Membro Honorário Vitalício Reginaldo Oscar de Castro (1998/2001) **31.** Rubens Approbato Machado (2001/2004) **32.** Membro Honorário Vitalício Roberto Antonio Busato (2004/2007) **33.** Membro Honorário Vitalício Raimundo Cezar Britto Aragão (2007/2010) **34.** Membro Honorário Vitalício Ophir Cavalcante Junior (2010/2013) **35.** Membro Honorário Vitalício Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2013/2016) **36.** Membro Honorário Vitalício Claudio Pacheco Prates Lamachia (2016/2019).

PREFÁCIO

Jones Figueirêdo Alves*

Uma obra coletiva, com a doutrina mais qualificada sobre questões relativas aos Impactos da Pandemia Covid19 no Direito de Família e das Sucessões, constitui iniciativa de extrema relevância para a comunidade jurídica brasileira.

Especialmente por reunir consagrados doutrinadores do país e envolver sete eixos temáticos que transitam na experimentação de problemas vivenciados, onde o direito dialoga com sua melhor experiência de aplicação prática para o ultrapasse da atual crise.

Antes de mais, por merecer a obra a melhor receptividade acadêmica e profissional, em face de sua temática e contribuições que oferece, assinale-se, com louvor, o berço de suas origens pelo intento-ideia da edição, na iniciativa da Comissão de Direito de Família e Sucessões do Conselho Federal da OAB, por sua Presidente, LORENA GUEDES DUARTE e pela Coordenação em Direito de Família da Escola Superior da Advocacia – ESA, da OAB nacional, por sua Coordenadora Geral, LARISSA MARIA LEAL. Juristas comprometidas, por seu trabalho e produção intelectual, com a capacidade de o Direito compreender os reflexos da modernidade indo ao encontro do mundo concreto.

Nele, agora, habitam perplexidades e uma nova história da humanidade terá de ser contada, durante e depois da pandemia do Covid-19 em face das famílias, do direito, da economia, e de um "novo normal" em sociedade.

---

* Desembargador decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Integra a Academia Brasileira de Direito Civil, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont).

De fato. O isolamento social compulsório, acarretado pela atual pandemia, em ordem de conduzir a humanidade aos confinamentos de quarentenas, colocou, efetivamente, a família em um reaprendizado de suas próprias relações. Os seus protagonistas redescobrindo a si mesmos e aos demais, em rituais que potencializa(ra)m as interações afetivas ou, muito ao revès, sob relações mal resolvidas que se torna(ra)m mais agônicas, no pórtico de situações desconstrutivas.

O princípio jurídico da solidariedade migra para as relações familiares, com notável presença dentro da crise atual desencadeada pelo coronavírus.

“A solidariedade é fato e direito; realidade e norma” (PAULO LOBO) e se torna pressuposto da família ética, quando mais se aperfeiçoa dentro de casa, por ser o lar, ora revisitado em confinamento, “por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência e de cuidado”. Esse reaprendizado de quarentena reúne a família em torno de um de seus valores mais importantes, o da solidariedade familiar.

Solidariedade, aos filhos pela exigência de serem bem protegidos (ECA, art. 12), sob o direito de convivência com ambos os pais; aos idosos e vulneráveis do grupo familiar, diante dos estatutos jurídicos que os tutelam e aos cônjuges ou conviventes, pelo afeto, cooperação, mútua assistência, respeito e consideração (artigos 1.566 e 1.724, Código Civil). Agora, estes fatos psicológicos ou anímicos convertidos em categorias jurídicas, para iluminar a regulação das condutas (PAULO LOBO), em flagrante conjunção de valores e sentimentos, tornam-se, com a pandemia, urgentemente indispensáveis.

De efeito, os microssistemas jurídicos da família estão sendo revisitados, redesenhados e mais refletidos.

01. A efetiva convivência familiar com os filhos para atender o melhor interesse da criança é o primeiro deles. ELIZA CERUTTI (RS) e RENATA SANTA MARIA (RS) apontam que “o afastamento da interação

presencial com um deles deve ser visto com ressalvas, eis que não passará incólume na formação do indivíduo". Com acerto ponderam:

> "A convivência familiar integra o núcleo essencial dos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, da Constituição Federal) e só poderá admitir relativização em circunstâncias excepcionais, nas quais o prejuízo à saúde se mostre iminente e não potencial. Vale dizer, a decisão que suprima temporariamente a convivência deverá ser pontual, sem afetá-la como um todo, sob pena de ser considerada equivocada".

Na mesma diretiva, CONRADO PAULINO DA ROSA (RS) assinala que "a suspensão da convivência não deve ser deferida, salvo nas situações em que, verdadeiramente, a criança ou adolescente possam ser expostos ao contágio em razão da alternância de residências".

De todo modo, com as mudanças de práticas ditadas pela pandemia, PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA (DF) adverte que, diante de as categorias jurídicas se apresentarem na autoridade parental, na guarda compartilhada e na convivência, podendo esta última ser restringida, importa dizer, porém, que as responsabilidades decorrentes da parentalidade permanecem incólumes.

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA (MT) observa, a seu turno, que o direito de guarda compartilhada deve sempre ser prioritariamente preservado, fazendo importantes registros de julgados, indicando, de consequência, que "não se deve também criar regras prontas e genéricas. Cada situação deve ser analisada de forma detida e cuidadosa, de forma a refletir a melhor solução para a situação vivida por cada núcleo familiar".

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL (PE) assenta que "os pais e tutores são titulares de um conjunto de direitos e deveres que não admite fragmentação temporária, nem restrições que avancem sobre seus direitos e obrigações de conduzirem a educação e os cuidados com os filhos".

Fica a principal ensinança, nesse eixo temático, a de que “não existirá formula mágica, mas é extremamente necessário que analisemos os casos concretamente, e sempre à luz dos princípios gerais que regem a matéria, porquanto as peculiaridades existentes no Direito de Família têm nos mostrado que cada caso se apresenta como um caso diferente e marcantemente peculiar”.

De fato, segundo o magistério acima de RADUAN MIGUEL FILHO (RO), como renomado magistrado e doutrinador, o regime de guarda e a comunicação(convivência) devem ser sopesados, para o bem do menor e o do entorno familiar, durante a pandemia, valorando a vida como o maior bem da vida.

02. Em perscrutando novas balizas para buscar a efetividade na execução de alimentos durante a e após a pandemia, seis valiosos artigos integram a presente obra, tratando de um dos problemas mais recorrentes na atual coronacrise.

De saída, JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE (SP) apresenta oportuno questionamento, a saber de decisões judiciais que autorizem significativa redução na pensão alimentícia devida, com importe de maior ônus ao outro genitor, e colocando em desabrigo de subsistência o alimentando. Com maestria, defende a necessidade de cautela na concessão de limitares, nessa ordem redutora. ponderando, por regramentos temporais novos do regime de convivência e pela adoção das medidas do inciso IV do art. 139, que levem à satisfação de crédito de alimentos, como medidas substitutivas da prisão civil.

Nessa toada, a questão a saber de o direito oferecer ferramentas para delinear um novo equilíbrio ao trinômio alimentar “necessidade x possibilidade x adequação” é bem enfrentada na consagrada doutrina civilista de MARIO LUIZ DELGADO (SP). Em seu artigo, o eminente jurista parte da premissa de a fixação dos alimentos não constituírem coisa julgada material, apenas formal (artigo 15 da Lei nº 5.478/68), tornando-se possível atribuir ao trinômio alimentar uma interpretação mais adequada e justa, sem necessidade de alterações de ordem legislativa.

No seu trabalho, apresenta, com esmero, um imperativo categórico: “Demonstrada a mudança do quadro fático que motivou o *quantum* e o período de duração da obrigação, pode e deve ser determinada a readequação, a maior ou a menor, do número (e do valor) das prestações, procedendo-se à modificação do trinômio, notadamente no que tange ao vértice da adequação, de modo a que não seja violado o princípio da proporcionalidade.” Cai a lanço explicitar mais. Um valioso ensaio.

Alinha-se outro interessante estudo, o de ÉFREN PAULO PORFÍRIO DE SÁ LIMA (PI) no trato das obrigações alimentares, incursionando com profundidade acerca da prisão civil, como medida coercitiva, no atual curso da pandemia. Apresenta variantes, como a da prisão domiciliar; a do pedido de suspensão do processo, sob arrimo do art. 313, VI, do CPC; por outros distintos procedimentos e, ainda, pela aplicação do art. 139, inciso IV do CPC; pela possível penhora de parte do auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982/2002, ou pelo chamamento de familiares à responsabilidade alimentar (posição defendida por FLÁVIO TARTUCE).

LARA RAFAELLE PINHO SOARES (BA) traz suas reflexões a esse tema da efetividade da prestação alimentar, em tempo de pandemia, em sustentando a cumulação de técnicas executivas e, sobremodo, combinando “estratégias executivas diretas (como são os atos de sub-rogação), com as indiretas (como são as de coerção)”.

Com seu estudo sobre a recente Lei n. 14.010/2020, de 10 de junho, que cria um Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), no período da pandemia do coronavírus, o jurista FLÁVIO TARTUCE (SP) comparece oferecendo percucientes análises nas esferas do direito familista e do direito sucessório.

Acentua, em urgente precisão, que “como se pode retirar da parte final do art. 15 da Lei n. 14.010/2020 e também dos julgados, o afastamento da prisão civil em regime fechado no presente momento não afasta a viabilidade de cobrança posterior da dívida em aberto”. Lado outro, é bastante percuciente ao contribuir com a discussão do art. 16 da

mesma lei, que trata da suspensão dos prazos para a instauração e o encerramento dos processos de inventário e da partilha, previstos no art. 611 do CPC/2015, designadamente no atinente à afetação das multas fiscais pela normatização transitória. Artigo que enriquece, em bom rigor, o acervo doutrinário trazido pela presente obra.

Retomando o tema do necessário equilíbrio do trinômio alimentar, SILVANO JOSÉ GOMES FLUMIGNAN (PE) e VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO (PE), reconhecidos na nova geração dos civilistas nacionais, fazem outras importantes incursões, com a invocação “de lege ferenda” do instituto francês da *Allocation Familiale* e ponderam, a estilete, acerca dos problemas da incidência da súmula n. 621 do STJ e do elemento “possibilidade”, quanto à eventual diminuição temporária da renda, tornando inexorável, de consequência, a premissa de as revisões alimentícias deverem observar que as alterações podem não ser permanentes, mas temporárias, cabendo, por isso, um termo final da revisão, concertada na sua própria provisoriedade. Importantes reflexões o artigo oferece.

VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO (PE) retorna em artigo cotejando o prazo decadencial para o casamento, em possibilidade de dispensa dos requisitos legais para a celebração durante a pandemia. Apresenta-nos um estudo criterioso e tecnicamente seguro para a resposta da questão suscitada.

03. No âmbito das repercussões do isolamento social na (des)constituição da União estável, como instituto jurídico, registram-se os artigos de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (SP), DANIELLE SPENCER (SP) e deste autor do Prefácio. Com suas linhas comuns no trato sobre a verificação da *affectio maritalis* (elemento equipotente à essa entidade familiar) e do ânimo de constituição de família (elemento também subjetivo e determinante), em confronto com as características diferenciadoras do “Namoro Qualificado”, os estudos buscam responder, em suas colocações, à formulação temática proposta.

04. Seguem os trabalhos de ROBERTO SENISE LISBOA (SP), ANNA CRISTINA DE CARVALHO RETTORE (MG), LARISSA MARIA DE MORAES LEAL (PE), ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR (PE), VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO (PE), todos expressando "questões de maior relevância na discussão sobre a facilitação da separação e do divórcio", seja pela desjudicialização e auto-composição, em desoneração do Poder Judiciário, seja pela preferência da solução consensual do conflito (arts. 694 e 695, CPC). No mesmo capítulo, LORENA GUEDES DUARTE (PE) aborda o tema da fraude na partilha de bens, asseverando que o aumento no volume de divórcios realizados no Brasil levará ao crescimento no número de partilhas de bens.

Impende registrar, de logo, a percuciente ponderação de LARISSA LEAL: "Ainda que o casal não tenha filhos menores ou incapazes, não se pode olvidar do interesse na preservação de uma convivência salutar com filhos (maiores e capazes), enteados, parentes, etc. O ideal, portanto, é que as partes possam equacionar o conflito com uma relativa rapidez, com transparência e visando a preservação de uma boa convivência entre os membros da família.

05. No âmbito dos direitos sucessórios e bioético, colocam-se em apreciação o testamento, as diretivas de última vontade, o planejamento sucessório, o usufruto de cotas de capital (como instrumento de planejamento tributário e sucessório), com artigos que apresentam expressivas abordagens por RAFAEL VIEIRA DE AZEVEDO (RN), GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA (SP), ROSE MELO VENCELAU MEIRELES (RJ), RENATA OLIVEIRA ALMEIDA MENEZES (PE), CAIO MORAU (DF), ANA LUIZA MAIA NEVARES (RJ), MARIANE ANDRÉIA CARDOSO DOS SANTOS (MG), MARIA GORETH MACEDO VALADARES (MG) E THAIS CÂMARA MAIA FERNANDES COELHO (MG).

06. Em contraponto à integridade das relações familiares em confinamento, ocorre o recrudescimento da violência doméstica. A quarentena forçada obrigou casais viverem maior parte do tempo juntos quando já viviam, de fato, separados por suas vidas egoísticas e individuais. O confinamento doméstico trouxe o efeito colateral de a casa, antes expressão literal de abrigo (como referida por Xenofonte) representar um maior perigo para as mulheres.

Nesse enfoque, HERTHA URQUIZA BARACHO (PB) e BELINDA PEREIRA DA CUNHA (PB) contribuem com seus estudos da lei de regência (Lei 11.340/06), apresentando oportunos dados estatísticos e proposições emergenciais de excelente valia. Com mesma profundidade de análise, ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA (PB) e MARIA ROSELI CANDIDO COSTA (MG) escrevem, colocando, inclusive, que a Recomendação nº 62/2020-CNJ não tem sua aplicação em casos da violência doméstica praticada contra a mulher pelo companheiro ou filhos. ACÁCIA GARDÊNIA SANTOS LELIS (SE), a seu turno, aponta dados estatísticos do período pandêmico, com enfoques pontuais significativos, enquanto JOANA DE MORAES SOUZA MACHADO (PI) e AURICELIA DO NASCIMENTO MELO (PI) indicam a necessidade de reforço de políticas públicas e investimentos no combate à violência contra a mulher.

SORAIA MENDES (RJ), em estudo sobre o sistema de justiça no emprego da atuação jurisdicional frente à criminalidade de violência doméstica ocorrente, pauta o seu trabalho com subsídios históricos. E mais, enfrenta questão de valiosa pertinência, ao dizer que: "em que pese a ampla competência dos juizados ou varas de violência doméstica e familiar contra a mulher, em diferentes Estados brasileiros as ações de natureza de família, mesmo quando decorrentes de violência doméstica não correm perante estas varas especializadas", implicando, nesse espectro apontado, a falta de um canal formal de comunicação para o conhecimento mútuo dos Juízos especializados em face do mesmo conflito familiar.

07. Outros temas de família, como o da desjudicialização dos conflitos pela arbitragem, ganham relevo no primoroso estudo de ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE (RN) e DIOGO PIGNATARO DE OLIVEIRA (RN), quando acentuam que “há no Direito de Família direitos que permitem uma ação extrajudicial”, tornando-se certo que “para tais direitos, em não havendo prejuízo a incapazes, não há razão que impeça a utilização da arbitragem como meio de solução heterocompositiva”.

O direito à mudança de gênero e nome da pessoa transgênero, por via extrajudicial, durante a pandemia, é tratado em artigos assinados por ARTUR OSMAR NOVAES BEZERRA CAVALCANTI (PE) e ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JUNIOR (PE), com especial atenção aos normativos do Conselho Nacional de Justiça, e por VITOR FREDERICO KÜMPEL (SP) e NATÁLIA SÓLLER (SP), que, igualmente, destacam a necessidade do melhor aproveitamento da tecnologia nas serventias extrajudiciais.

RENATA CORTEZ VIEIRA PEIXOTO (PE) oferece à presente obra, um importante estudo sobre a contribuição do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, na regulamentação das relações de filiação e seus efeitos. Um elogiável ensaio jurídico que contextualizando a atividade normativa do Conselho, põe em realce os próprios avanços do Direito de Família, estes consabidamente irreversíveis.

Eis a obra pronta, para juridicizar os fenômenos da pandemia, em suas complexas repercussões no direito, sobremodo no Direito de Família e das Sucessões.

O Coronavid-19, como acontecimento que reescreve as vidas de todos, e com elas a matéria prima dos cotidianos, é o que a poética de PAULO GUSTAVO, escritor pernambucano (“O Nevoeiro Silencioso”, “Revista Será?”, 10.07.20), sublinha:

> “a pandemia veio nos dizer, em negativo, que para nós, primatas e humanos, tudo é aglomeração e manipulação.

> Daí tantas dificuldades nas adaptações. É como se a vida em comum tivesse ficado por um momento em quase completo suspense. Muitas âncoras tiveram que ser jogadas ao mar, muito mar teve que ter domadas suas ondas ainda desconhecidas”.

Nesse ser assim, continua o poeta: “No caso do confinamento, muitas pessoas descobriram que a passagem do tempo, desacelerada pela redução da vida frenética, resultou numa guinada violenta que as colocou diante de um invisível, mas poderoso espelho”.

De efeito, arremata: (...) o tédio, dispensável dizer, é precioso na medida em que nos obriga a ressignificar valores e conteúdos. Posto em perspectiva e em dialético contraste com o repertório do mundo, ele nos faz reconsiderar os hábitos e sair do automatismo opressor a que nos entregamos. Somado ao confinamento, pode servir de fonte e de estímulo a uma reinvenção criadora”.

Realmente. A família, no repertório do inusitado, se reencontra e se reinventa.

Quais políticas públicas terá, então, o mundo para suas famílias, ao fim da grande pandemia, quando para além de mortes contadas, as desigualdades sociais serão mais acentuadas e todos terão, como pessoas em dignidade, a fome do absoluto?

Induvidoso que os tempos quarentenais colocam, ao seu ultrapasse, as pessoas e as famílias em inteira e singular prontidão. Logo, evidencia-se que a vida deverá ser vivida a partir das qualidades das famílias, revitalizadas pelos afetos e em proteções maiores.

Esta obra, por sua aprimorada contribuição doutrinária, ao reafirmar a família como um valor absoluto, serve de referência-paradigma do encontro do Direito com as novas questões a ele submetidas. É um caminho certo, de refletir e agir como de direito.

SUMÁRIO

Capítulo 1 - Guarda, Convivência e Alienação Parental

O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA E DO REGIME DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM TEMPOS EXCEPCIONAIS: percepções a partir das situações impostas pela pandemia da covid-19

Carlos Eduardo Silva e Souza*

A pandemia da covid-19 instalada em escala global impactou diretamente na vida e cotidiano das pessoas. O impacto atingiu as diferentes formas em que o comportamento humano se estabelece de forma individual ou coletiva. De igual forma, as relações familiares acabaram sendo afetadas, sobretudo em razão do alto risco de contágio e pelas recomendações de isolamento e/ou distanciamento social.

No presente trabalho, analisar-se-á de forma mais específica a questão da guarda compartilhada e a possível suspensão do regime de convivência, em razão das imposições circunstanciais impostas em tempos de anormalidade, como a vivenciada pela pandemia da Covid-19. Assim, a pergunta central que se enfrentará no presente trabalho é se a convivência pode ser afetada em razão das situações impostas pela pandemia e em que medida isso pode se verificar, inclusive se, em última medida, pode ocorrer algum comprometimento ao exercício da guarda compartilhada.

Antes de qualquer análise mais aprofundada da situação problemática proposta, é importante consignar que o direito à guarda compartilhada resta assegurado pelo Código Civil[1], em seu artigo 1.583 e seguintes, entendendo a doutrina e a jurisprudência como

---

* Doutor em Direito (FADISP). Mestre em Direito Agroambiental (UFMT). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso.

[1] BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 jun 2020.

sendo essa a solução preferível em relação às demais formas de estabelecimento de guarda.

De igual forma, o direito à convivência também resta plenamente assegurado pelo Código Civil[2], mais especificamente no artigo 1.589, sendo esse destinado a quem não estiver na guarda dos seus filhos, sendo estendido a qualquer dos avós, respeitados os interesses da criança e/ou do adolescente. A convivência também é tema constitucionalizado, uma vez que a Lei Maior brasileira[3] assegura, em seu artigo 227, que crianças, adolescentes e jovens devem ter o seu direito de convivência assegurado pela família, pela sociedade e pelo Estado. De igual forma, o artigo 19 do Estatuto da Criança e Adolescente também asseguram o direito de convivência familiar e comunitária em ambiente que assegure o seu desenvolvimento integral.

Vale dizer que o Regime Jurídico Emergencial e Transitório do Direito Privado, regulamentado pela Lei nº 14.010/2020[4], em que pese ter dedicado capítulo para o direito de família e das sucessões, nada versou sobre a questão do direito de guarda e de convivência, razão pela qual eventual solução para circunstâncias concretas deve ser refletida a partir dos parâmetros normativos já existentes antes da pandemia.

Como adverte Maria Clara Bomtempo Beraldo[5], o Direito de Família não se encontrava suficientemente preparado para lidar com questões

---

[2] Idem.

[3] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jun 2020.

[4] BRASIL. *Lei 14.010/2020*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm>. Acesso em 30 jun 2020.

[5] BERALDO, Maria Clara Bomtempo. *Filiação socioafetiva e multiparentalidade: efeitos jurídicos quanto ao direito de guarda e visitas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso. Cuiabá, 2020. p. 105. Essa também é a posição de Angela Gimenez, que argumenta que: "(...) tem de se prestigiar a cláusula geral da boa-fé objetiva, contida no Código Civil, assim como o princípio constitucional da solidariedade social (...), que fundamentam o dever de renegociar (...) para se construir uma solução rápida, segura e justa, sem depender exclusivamente do Poder Judiciário" (GIMENEZ, Angela. *A situação da*

excepcionais tal como a apresentada pela pandemia da Covid-19. Diante de um cenário de incertezas no plano normativo, sugere então que seja priorizado o melhor entendimento entre os genitores no estabelecimento das condições para o exercício da guarda e do direito de visitas.

Entretanto, como se sabe, o Direito de Família infelizmente não está isento do estabelecimento de conflito de interesses, razão pela qual a tarefa tem sido realizada pela academia e pela jurisprudência.

Considerando esse cenário de pandemia, é de se entender que o direito de guarda compartilhada deve sempre ser prioritariamente preservado, a não ser que o melhor interesse da criança e do adolescente possam – em alguma medida – restar comprometido (sobretudo, no efetivo comprometimento do direito à saúde da criança ou do adolescente) ou que – eventualmente – as conjunturas fáticas possam assim determinar (como é o caso de restrições à liberdade de locomoção, a exemplo daquelas impostas no *lockdown*). Isso porque a convivência com o núcleo familiar está ligada com as circunstâncias mais elementares da conformação existencial de cada indivíduo, razão pela qual merece sempre ser respeitada, enaltecida e priorizada.

Em relação a esse ponto, é interessante destacar a observação apresentada por Angela Gimenez[6], no sentido de que "a permanência indiscriminada com um dos guardiões" da criança ou do adolescente "não se afinava com a proteção integral devida à população infanto-juvenil". Ora, se permanência indiscriminada não se afinava antes da pandemia, não pode encontrar, como regra geral, guarida suficiente nos presentes dias.

Entretanto, para o enfrentamento da questão problemática aqui apresentada, tratou-se também de realizar a compreensão da

---

guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/angela-gimenez-guarda-filhos-tempos-pandemia>. Acesso em 30 jun 2020).

[6] GIMENEZ, Angela. *A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19*, cit.

jurisprudência já constatada a respeito do assunto até a data de fechamento do presente trabalho[7]. Para tanto, utilizou-se da plataforma digital "Jus Brasil", fazendo-se uso da pesquisa jurisprudencial disponível no referido site, tendo sido lançados – com argumentos de consulta – os termos "guarda compartilhada" e "pandemia", por estarem diretamente relacionados com o problema proposto. Não foi realizada delimitação temporal, uma vez que a pandemia é situação recente em relação à data da própria pesquisa. Foram alcançados, na pesquisa jurisprudencial, 35 resultados, sendo 7 no Superior Tribunal de Justiça e 28 em diferentes Tribunais de Justiça (1 no Distrito Federal, 1 em Minas Gerais, 2 no Paraná, 1 no Rio de Janeiro e 23 em São Paulo)[8].

Inicialmente, priorizou-se o Superior Tribunal de Justiça, em razão de ser a mais alta Corte do país a tratar de questões relacionadas à legislação federal. Entretanto, as referidas decisões eram algumas trazidas repetidamente no resultado apresentado, de tal forma que das 7 decisões restaram efetivamente apenas 3 com a desconsideração dos itens em duplicação. Tais decisões, entretanto, diziam respeito às questões criminais (estupro e tráfico de entorpecentes – sem direta relação com guarda compartilhada e/ou direito de visitas) e prisão domiciliar para devedor de alimentos (a qual não se trata diretamente da problemática aqui proposta).

Com suporte nessa constatação, a pesquisa foi redirecionada para os Tribunais de Justiça. Por razões semelhantes aos resultados obtidos em relação ao Superior Tribunal de Justiça (isto é, ausência de direta relação com a problemática proposta no presente trabalho), foram desconsiderados os resultados relacionados em relação a todos os Tribunais de Justiça, exceto o de Estado de São Paulo. Os resultados

---

[7] O presente trabalho foi encerrado no dia 30 de junho de 2020.

[8] JUSBRASIL. *Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22guarda+compartilhada%22+e+%22pandemia%22>. Acesso em 30 jun 2020.

desconsiderados estavam relacionados com descumprimento de medidas protetivas e com questões possessórias ou criminais (especialmente tráfico de entorpecentes).

Dos 23 resultados obtidos em relação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dois foram imediatamente desconsiderados, pois se tratava de casos repetidos. Foram então analisados detidamente os 21 resultados restantes. Desses, ainda foram desconsiderados 8 resultados, pois não guardavam estreita relação com o problema ora investigado, pois estavam vinculadas a: (i) questões processuais (oposição a julgamento virtual ou questões probatórias); (ii) questões paralelas sem vinculação direta com a pandemia (como violência, a circunstância de residência dos genitores em cidades distintas); (iii) questões relacionadas diretamente com a pandemia, mas sem vinculação com guarda compartilhada e/ou convivência (como é o caso dos alimentos). Assim, 13 casos remanescentes foram detidamente analisados. Os casos em questão reportaram soluções variadas, as quais serão sintetizadas no presente trabalho.

Há percepção, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de que a guarda compartilhada, com alternância semanal de residência, não deve ser recomendada durante o período de pandemia, por ser desaconselhada em razão do risco de contágio, mas não necessariamente implicando em restrição ao direito de convivência ou ao próprio exercício de guarda[9]. Medidas como a alternância em períodos mais longos (quinzenal ou mensal, por exemplo), devem ser considerados para que o exercício do direito de guarda não reste afetado.

Outros casos também apreciados evidenciam medidas mais restritivas, sobretudo na suspensão do direito de visitas, em razão do risco proporcionado pela pandemia. Essa medida excepcional tem sido

---

[9] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento nº 2057281-79.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

direcionada por razões distintas, como é o de criança que se encontra em grupo de risco[10] e lar que se encontre em situação de risco[11].

Entretanto, o risco de contágio proporcionado pela pandemia por si só tem viabilizado a adoção dessas medidas mais restritivas[12]. Como já se registrou anteriormente, ousa se discordar desse encaminhamento, pois havendo a possibilidade de tomada de cuidados em relação a pandemia, a preservação do exercício da guarda compartilhada e do direito de visitas é medida salutar e sempre recomendável.

Em um dos casos, para justificar a adoção dessa medida mais extremada de suspensão do direito de visitas, há duas proposições que permitem reflexão interessante, como é o caso de possível hipótese de compensação oportuna em momento futuro[13], bem como a advertência de que a ausência de cuidados impostos aos pais pode inclusive implicar em responsabilização destes[14].

Não se deve entender que o tempo de convivência seja "repetível", assim como não se pode impor ônus a outro genitor que não deu causa a restrição sofrida por um dos pais, razão pela qual – ainda que tenha sido cogitada no campo hipotético – não se deve ter como viável a compensação futura em razão de possível na restrição do direito de visita

---

[10] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento nº 206511536.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[11] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação nº 212572179.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[12] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação n° 100578220.2019.8.26.0320*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[13] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação n° 100578220.2019.8.26.0320*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[14] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento nº 206511536.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

e/ou de guarda em decorrência da pandemia[15]. De outra sorte, a hipótese de responsabilidade – na ausência de cuidados com a prole (relacionadas ou não com os cuidados relacionados à pandemia) – é sempre possível, razão pela qual a circunstância sempre deve ser objeto de reflexão por parte dos genitores. A vida e a saúde dos filhos não podem restar comprometidas e, caso isso ocorra, pode ser viabilizada a responsabilização pertinente em todas as esferas possíveis, a depender da situação prejudicial caracterizada.

Interessante também se mostram as alternativas asseguradas nas decisões consultadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que optaram pela suspensão do direito de visitas, como forma de viabilizar a continuidade da convivência, ainda que de forma virtual. Exemplo dessas alternativas são o contato com os filhos por meio de ligações telefônicas[16] (por áudio e vídeo)[17] e por aplicativo de mensagens[18], sendo cogitada também a hipótese de alienação parental na sua inobservância de tais alternativas pelo genitor guardião.

Há também, entre os registros consultados, um número de julgados que optaram na adequação do direito de visitas, isto é, não implicando em limitação ao seu exercício, mas realizando ajustes em relação ao regime inicial, objetivando, sobretudo, assegurar a saúde dos genitores e, em especial, da criança e do adolescente. Tais adequações estão relacionadas:

---

[15] Angela Gimenez, abordando a questão da alienação parental, faz reflexão semelhante: "(...) o tempo de vida não é compensável, uma vez que, perdido este, não volta e as fases passadas não se repetem..." (GIMENEZ, Angela. *A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19*, cit.).

[16] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento Nº 207819652.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[17] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de instrumento n. 203107528.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[18] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação n. 1014444-70.2018.8.26.0008*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

(i) a autorização de pernoite do filho com o pai, objetivando evitar o deslocamento excessivo e em razão da tenra idade do filho[19]; (ii) restrição à realização do exercício do direito de visitas aos domingos, objetivando reduzir a possibilidade do risco de contágio dos genitores e, em especial, da criança e/ou adolescente protegidos[20]; (iii) o exercício do direito de visitas em ambiente de residência de um genitores, de forma a reduzir o risco de contágio proporcionado pela pandemia[21].

Dois casos chamam a atenção, pois estão relacionados com a questão de composse/guarda de animais, restringindo-se aquela, bem como a "convivência" entre o proprietário e seu animal de estimação, sendo utilizados dois argumentos para isso: (i) o desconhecimento da hipótese de transmissão dos malefícios da Covid-19 dos animais para seres humanos[22]; e (ii) a hipótese dos coproprietários do animal residirem em cidades distintas, sendo desaconselhável o deslocamento destes em razão da composse[23].

Em que pese a abordagem técnica e adequada dos institutos nos julgados em questão, inicialmente, é preciso se destacar que, ainda que se possa reconhecer, fora dos limites do Direito, uma condição especial aos animais de estimação (isto é, o fato de serem seres sencientes) ou de ser possível nutrir um sentimento especial por estes (o que não se refuta

---

[19] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento nº 206840729.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[20] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento nº 207007365.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[21] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento n. 208250519.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[22] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento nº 206366121.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

[23] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de instrumento nº: 207327805.2020.8.26.0000*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

ou se nega ser possível), não se pode admitir o desvio da utilização de institutos para outras finalidades, sobretudo quando não há omissão de solução normativa (eficiente).

Assim, em relação aos animais, deve-se falar em copropriedade, composse e rateio de despesas para a conservação e manutenção de tais bens, pois, enquanto não houver mudança legislativa, os animais continuam a ser alocados (e assim devem ser tratados) na categoria de bens e não de pessoas (a ponto de se justificar a aplicação de guarda, direito de visitas e alimentos, que ainda demandaria a comprovação de existência de relação familiar), sobretudo porque – as soluções postas pelo sistema jurídico atualmente – atingem resultado adequado e muito semelhante.

A boa técnica foi empregada nos julgados citados, mas a temática assim exige a ressalva em questão pela abordagem do assunto destacado. Em todo caso, para os fins do presente trabalho, é interessante observar que a copropriedade e a composse de animais (ou então, como se convencionou denominar por quem emprega entendimento diverso, a guarda compartilhada, o direito de visitas e o regime de convivência com relação aos animais) podem restar igualmente afetados em razão das circunstâncias fático-sociais impostas pela pandemia.

Da análise global dos casos apresentados, pode-se perceber que o exercício da guarda compartilhada e/ou do direito de visitas deve ser afetado apenas em circunstâncias efetivamente relevantes e caracterizadores de situações de efetiva excepcionalidade, ainda que vivenciada a situação da pandemia evidencie tempos de anormalidade.

Entre as circunstâncias excepcionais justificadoras, deve-se compreender como a efetividade possibilidade de prejuízo à saúde do menor ou de seus genitores, bem como a depender de situações impostas pelas possíveis medidas de contenção à própria saúde pública, tal como a situação imposta pelo *lockdown*, em que a própria circulação de pessoas pode restar comprometida.

Não sendo a situação considerada efetivamente excepcional, a guarda compartilhada ou o direito de visitas não podem restar

comprometidos, em razão dos prejuízos que a situação pode acarretar ao próprio desenvolvimento da criança e do adolescente e ao exercício pleno e saudável das próprias relações familiares.

Angela Gimenez[24] sugere interessantes critérios para serem observados no curso da guarda compartilhada, quais sejam: (i) priorização de “convivência mais concentrada”; (ii) “verificação da situação de saúde” dos genitores e da criança e do adolescentes; (iii) “verificação de situações especiais de risco; (iv) se a guarda é exercida isoladamente pelo genitor ou se recebe “apoio de terceiros”; (v) se o “translado da criança é feito por transporte público ou particular”.

Sendo o caso de uma restrição total ao exercício de guarda compartilhada ou até mesmo ao exercício do direito de visitas, devem ser cogitadas todas as alternativas para que sejam amenizado o prejuízo acarretado na convivência dos genitores com a sua prole, a exemplo de fixação de tempo mínimo e periódico de ligações telefônicas, em áudio e vídeo, a utilização de aplicativos de mensagens, entre outras alternativas igualmente relevantes.

Já no caso de uma restrição parcial ao exercício da guarda compartilhada ou ao direito de visitas, devem ser cogitadas estratégias que possam amenizar o risco de um comprometimento à saúde da criança e dos adolescentes com os seus genitores. Dos casos apresentados, pode-se perceber o estabelecimento temporário da guarda unilateral, a autorização de pernoite, restrição ao exercício de direito de visitas a dias específicos e a restrição ao exercício do direito de visitas na residência de um dos genitores.

Independentemente da restrição total ou parcial ao exercício da guarda compartilhada ou ao direito de visitas, os genitores que – em tese – sejam beneficiados com um tempo maior ou total de convivência com os filhos, devem ser advertidos que restrições não impostas judicialmente

[24] GIMENEZ, Angela. *A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19*, cit.

podem implicar na configuração de alienação parental, de tal sorte que os tempos difíceis proporcionados pela pandemia não possam significar prejuízos ainda maiores às relações familiares.

Importante também consignar que possíveis alterações no regime de guarda compartilhada e do direito de visitas podem exigir a adequação de deveres correlatos, como é o caso dos alimentos, que podem – eventualmente – ser majorados ou reduzidos, a depender da hipótese posta no caso concreto.

Não se deve também criar regras prontas e genéricas. Cada situação deve ser analisada de forma detida e cuidadosa, de forma a refletir a melhor solução para a situação vivida por cada núcleo familiar[25], a ponto de ser enaltecido sempre o direito humano, fundamental e personalíssimo de convivência familiar e jamais deixando perder de vista o "melhor interesse da criança e do adolescente" em seu sentido mais amplo.

Não se pode esquecer que a restrição ao exercício da guarda compartilhada e do direito de visitas pode também, por si só, implicar em risco à saúde (mental) das crianças e adolescentes, bem como de seus

---

[25] Esse também é o entendimento de Angela Gimenez. Veja: "(...) o trabalho a ser feito era o de análise particular de cada caso, com o objetivo de se apurar as melhores condições de proteção e cuidado dos filhos em cada família". Situação ainda bem lembrada pela autora é que a guarda também ser refletida em prol dos avós. (GIMENEZ, Angela. *A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19*, cit.).

próprios genitores[26]. É papel de todos os atores envolvidos na tutela desses direitos jamais deixar de considerar tal norte condutor.[27]

Como se viu, importante também observar que a composse de animais pode restar comprometida durante o período da pandemia. Se assim for, igualmente podem ser estabelecidas medidas de adequação em relação ao rateio das despesas da manutenção e conservação de tais bens.

---

[26] Angela Gimenez ressalta que a guarda unilateral pode – ainda mais durante a pandemia – pode implicar em diversos prejuízos, como: (i) sobrecarga a um dos genitores; (ii) ansiedade e tensão propiciados pela pandemia podem conduzir em castigos aos filhos; (iii) sofrimento e angústia nos filhos; (iv) depressão e consequente redução na imunidade; (v) privação de alimento; (vi) diminuição ou perda do vínculo filial; (vii) perda da dupla referência e acolhimento nas famílias; (viii) exposição à violência doméstica em razão do aumento de consumo de álcool e drogas pelos adultos; (ix) risco dos menores restarem sozinhos em razão de hipóteses, como a necessidade de trabalho, sobretudo na modalidade informal (GIMENEZ, Angela. *A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19*, cit.).

[27] Por tais razões, é que, com a devida vênia, não se concorda com a solução encampada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (mas que devem aqui ser destacadas, inclusive em contraponto ao que se sustenta no presente trabalho): "18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações: a. As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida; b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável; c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado; d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado; e. No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas; f. O judiciário, a família e o responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e à saúde da coletividade como um todo." (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTES. *Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia*. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf>. Acesso em 03 jul 2020.

Por tudo que se investigou, a situação problemática inicialmente posta (isto é, se e em que forma a convivência e a guarda compartilhada podem ser afetadas por circunstâncias excepcionais) deve ter como parâmetros os seguintes critérios: (i) priorização da continuidade e preservação da guarda compartilhada e do direito de visitas; (ii) realização de ajustes no exercício da guarda compartilhada e do direito de visitas apenas em circunstâncias efetivamente excepcionais (pautadas pela preservação da saúde e vida dos atores envolvidos, quando efetivamente estiverem tais direitos estiverem colocados em risco ou pelas circunstâncias concretas impostas pelas medidas de contenção da pandemia); (iii) os ajustes devem priorizar a preservação da convivência, ainda que de forma virtual[28], sob pena de configuração de alienação parental e respectivas responsabilidades.

Esses e outros parâmetros poderiam ser objeto de amplo consenso e fácil solução entre os atores centrais envolvidos no exercício da guarda compartilhada e no regime de convivência. Olhar para o "melhor interesse da criança e do adolescente" é destacar uma visão para "o que é melhor para os filhos". Não se pode acreditar que um pai ou uma mãe não consigam compreender, em circunstâncias habituais ou excepcionais, as melhores escolhas para salvaguardar os interesses e os direitos dos seus próprios filhos, em situações transitórias ou em tempos habituais. Espera-se que os presentes dias possam despertar a reflexão e a mudança de comportamentos para relações familiares plenas e saudáveis (em sentido mais amplo possível).

---

[28] Em sentido semelhante, Rolf Madaleno esclarece que "(...) o ponto de equilíbrio entre o exercício do **direito de guarda e de comunicação dos pais** com seus respectivos filhos, onde os progenitores precisam encontrar as prioridades da prole que um dia trouxeram ao mundo e que ambos têm o dever constitucional de proteger, não cerceando sem qualquer critério a convivência e a comunicação do outro progenitor, respeitando ambos as datas e pautas acordadas ou ordenadas em precedente decisão judicial". (MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada e regulação de visitas (pandemia ou pandemônio)*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/20/guarda-compartilhada-visitas-pandemia/>. Acesso em 30 jun 2020).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 jun 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jun 2020.

BRASIL. **Lei 14.010/2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm>. Acesso em 30 jun 2020.

BERALDO, Maria Clara Bomtempo. **Filiação socioafetiva e multiparentalidade: efeitos jurídicos quanto ao direito de guarda e visitas.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso. Cuiabá, 2020. p. 105.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTES. **Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia.** Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf>. Acesso em 03 jul 2020.

GIMENEZ, Angela. **A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/angela-gimenez-guarda-filhos-tempos-pandemia>. Acesso em 30 jun 2020.

JUSBRASIL. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22guarda+compartilhada%22+e+%22pandemia%22>. Acesso em 30 jun 2020.

MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada e regulação de visitas (pandemia ou pandemônio).** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/20/guarda-compartilhada-visitas-pandemia/>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2057281-79.2020.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2065115-36.2020.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº 2125721-79.2020.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação n° 1005782-20.2019.8.26.0320.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2065115-36.2020.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento Nº 2078196-52.2020.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de instrumento n. 2031075-28.2020.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação n. 1014444-70.2018.8.26.0008.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2068407-29.2020.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2070073-65.2020.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento n. 2082505-19.2020.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2063661-21.2020.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de instrumento nº: 2073278-05.2020.8.26.0000.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 30 jun 2020.

CONVIVÊNCIA FAMILIAR E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

Conrado Paulino da Rosa[*]

As rupturas conjugais ou convivenciais em que resultam filiação apresentam, necessariamente, em uma série de arranjos que vão muito além das questões financeiras.

No ordenamento jurídico brasileiro, até a Lei 11.698/2008, que introduziu a guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico, modificando o Código Civil, a atribuição da guarda da prole nas Varas de Família era estabelecida a partir do monocromático olhar da unilateralidade. Mesmo que o compartilhamento seja a regra desde a Lei 13.058/2014, infelizmente, é notória a dificuldade de sua implementação e, ainda, a confusão de sua aplicação prática, seja com a guarda alternada – que sequer existe em nossa legislação –, seja com o instituto da convivência familiar, anteriormente denominado como direito de visitas.

Dessa forma, frente aos desafios enfrentados pelas famílias em razão da pandemia mundial ocasionada pelo COVID-19, o presente artigo tem como escopo analisar, à luz da Doutrina da Proteção Integral, quais os mecanismos de efetivação dos direitos da prole – principalmente o de convivência familiar – em havendo litígio entre os genitores.

Primeiramente, entendemos necessário realizar uma distinção entre o direito de guarda e de convivência familiar.

---

[*] Advogado. Pós-Doutor em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Serviço Social – PUCRS. Mestre em Direito pela UNISC, com a defesa realizada perante a *Università Degli Studi di Napoli Federico II*, na Itália. Professor do Curso de Direito da Faculdade do Ministério Público – FMP, em Porto Alegre, onde coordena a Pós-Graduação presencial e EAD em Direito de Família e Sucessões. Coordenador do Grupo de Estudo do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. www.conradopaulinoadv.com.br / contato@conradopaulinoadv.com.br.

O nascimento de prole, independentemente da existência de relacionamento afetivo entre os genitores, importa, desde logo, no exercício conjunto do poder familiar[1]. Dentre os tantos deveres impostos quanto ao exercício desse múnus público que, aliás, somente pode ser afastado por decisão judicial, conforme prevê o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), existe no inciso II do artigo 1.634 a competência de ambos genitores ao exercício da "guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584".

A guarda implica, atualmente, no modo de gestão da vida prole para suas decisões estruturais tais como escolares, de atividades extracurriculares e médicas, por exemplo. Assim, na modalidade unilateral, o genitor que a detenha decidirá tais questões, sem qualquer necessidade de anuência do outro ascendente.

Todavia, como se sabe, desde as alterações promovidas no Código Civil pela Lei 13.058/2014, o compartilhamento passou a ser a regra no Brasil, mesmo quando ausente o consenso entre os pais[2], oportunidade em que o magistrado aplicará a guarda compartilhada de

---

[1] Prova disso é o teor do *caput* do artigo 1.634 do Código Civil (sem destaque no original): "Compete a ambos os pais, **qualquer que seja a sua situação conjugal**, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos [...]

[2] Artigo 1.584 § 2º do Código Civil Brasileiro, passando a estabelecer que: "[...] mesmo quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será instituída a guarda compartilhada."

Para Eduardo de Oliveira Leite, a guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores. (LEITE, Eduardo Oliveira. **Família monoparentais. A situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282).

forma coativa[3]. O fato de os pais residirem em Cidades, Estados e, até mesmo Países diferentes, tendo em vista que necessariamente deverá ser fixada uma base de residência para o filho, não impedirá o exercício da guarda conjunta.

Assim, com a cogestão da vida dos filhos, ambos os genitores deverão opinar quanto ao estabelecimento escolar em que o filho estudará, bem como sobre qual a atividade extracurricular o filho deverá frequentar. Quanto às decisões de saúde, nada mais justo que, em conjunto, possam deliberar não apenas quanto ao tratamento de saúde a ser aplicado ao filho, mas também, a decisão quanto ao terapeuta que atenderá os filhos[4].

Independentemente da modalidade de guarda[5], será imperioso que – mediante acordo entre os genitores ou de forma imposta pelo juízo – seja determinado o período de convivência dos filhos com aquele genitor que não exerça a base de residência.

O tempo que a prole permanecerá na companhia do genitor e a determinação da divisão de feriados e de todos os detalhamentos que se mostram imperiosos foram tratados originariamente em nossa codificação civil, no art. 1.589, como direito de visitas. Segundo a

---

[3] A aplicação coativa da guarda compartilhada pode, outrossim, ser um meio de prevenção à reiterada prática de utilização dos filhos enquanto instrumento de vingança, que é caracterizada como alienação parental. Sua utilização serve, não apenas como um meio profilático, mas também, de obstáculo a uma prática alienadora já estabelecida. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

[4] ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família contemporâneo.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 498-499.

[5] Nesse sentido, o Enunciado 605 das Jornadas de Direito Civil: “A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência”.

Outrossim, o Enunciado 603 das Jornadas de Direito Civil: “A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais”.

legislação, o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge ou for fixado pelo juiz.

Todavia, a expressão “visitas” passou a ser fortemente criticada à luz dos novos direitos apresentados pela Carta Magna de 1998. No art. 227[6], além da enorme gama de direitos inerentes à lógica apresentada pela Doutrina da Proteção Integral, o constituinte elencou, com absoluta prioridade, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária.

Na mesma esteira, o ECA, que consolidou a Doutrina da Proteção Integral no nosso ordenamento jurídico, repetiu no art. 4º o dever compartilhado entre a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária.

Ademais, o microssistema jurídico ainda apresentou, dentre a consolidação dos direitos de liberdade das crianças e adolescentes, participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação (art. 16, V, do ECA). Tais sujeitos, considerando o tratamento contemporâneo de pessoas em “processo de desenvolvimento” (art. 15 do ECA), necessitam desse vínculo para a formação de sua personalidade e saúde psíquica[7].

---

[6] Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[7] Sobre isso: “A família se constitui em instituição primeira no cuidado, na administração de todos os componentes indispensáveis ao pleno desenvolvimento de sua prole.
Do mesmo modo, a sociedade e a comunidade em que a criança e o adolescente e sua família estão inseridos também devem assumir a sua proteção integral; cabendo ainda ao Poder Público, por todos os seus entes, seus órgãos e suas instituições, a implementação de políticas sociais, por meio de ações diretas, projetos ou programas que promovam o seu acesso e fruição dos direitos.” (VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 137).

Nessa toada, conforme Dimas Messias de Carvalho o termo "direito de visitas" não mais se coaduna com o momento atual. Visitar é ver alguém periodicamente, ir até a casa ou outro local por dever, cortesia ou solidariedade. Conviver é tratar diariamente, coexistir, criar, cultivar e manter vínculos afetivos, essenciais para o desenvolvimento sadio das crianças[8].

Os laços de afetividade são alimentados pelo convívio. Assim, ganhando a convivência familiar *status* de fundamentalidade, de componente básico e intrínseco da dignidade humana, não pode ser esquecido por quem quer que seja[9].

Dessa forma, em síntese, podemos referir que a guarda representa a gestão da vida da prole, sendo tal poder de decisão, em regra, de forma conjunta entre os genitores. Por sua vez, quanto à convivência familiar, instituto anteriormente tratado como direito de visitas, indica a quantidade de tempo que os filhos desfrutarão com cada um dos seus pais, sendo imperativo a divisão temporal de forma equilibrada com cada um dos núcleos familiares.

Agora, em decorrência do COVID-19, seria possível a suspensão do direito de convivência da criança em relação ao núcleo familiar que não exerça sua base de residência?

Estamos vivenciando uma experiência ímpar na qual, certamente, não há quem não remeta aos filmes de ficção à nossa realidade e ao que ainda enfrentaremos. Todavia, o presente impõe novas necessidades, entre elas, a forma de realização do regime de convivência dos filhos com ambos os núcleos familiares durante o período de suspensão das aulas em razão das medidas de preventivas ao coronavírus.

---

[8] CARVALHO, Dimas Messias de. Direito à convivência familiar**.** In: IBIAS, Delma Silveira. **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais.** Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2012, p. 107.
[9] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Em nosso sentir, a suspensão da convivência não deve ser deferida, salvo nas situações em que, verdadeiramente, a criança ou adolescente possam ser expostos ao contágio em razão da alternância de residências.

A verdade é que estamos em período de suspensão das atividades escolares, tal qual ocorre quando das férias acadêmicas, mesmo que de forma forçada e sem tempo determinado. Assim, a melhor interpretação a ser dada para qualquer sentença ou acordo firmado, enquanto perdurar essa situação, é seguir a estipulação já existente quanto às férias, em especial, ao período de verão, maior tempo sem aulas que os filhos desfrutam.

Àqueles que, por ventura, não tenham tal estipulação sugere-se que construam, em comum acordo, uma divisão de tempo igualitária como, por exemplo, o filho passar uma semana com cada um dos genitores. Claro que isso dependerá, entre outros fatores, que os genitores, residam na mesma cidade ou que, no mínimo, a alternância entre os lares não importe na necessidade do filho tomar qualquer transporte, seja terrestre ou aéreo, de caráter coletivo.

Na impossibilidade de realização do quadro acima, pelas questões territoriais, a convivência virtual por meio das tecnologias disponíveis, em caráter regular, pode auxiliar a manter aquilo que a Constituição Federal garante a toda criança e adolescente: o direito de se desenvolver em contato com ambos os núcleos familiares.

Indo além sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral[10], privar uma criança e adolescente da sadia convivência com seus ascendentes é,

---

[10] Segundo Josiane Rose Petry Veronese e Helen Crystine Corrêa Sanches, o novo paradigma instaurado pela Convenção sobre os Direitos da Criança, identificado como 'Doutrina da Proteção Integral', possibilitou repensar profundamente o sentido das legislações para a infância, "transformando-as em instrumentos eficazes de defesa e promoção dos direitos humanos específicos de todas as crianças e adolescentes, indistintamente, independentemente de sua conduta, reconhecendo-lhes todos os direitos que têm os adultos e outros direitos específicos, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento". (SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE,

por certo, dispensar tratamento negligente, desumano e cruel, formas de atendimento que não se coadunam com a previsão contida no art. 227 da Constituição Federal.

Para isso, não podemos esquecer da previsão do artigo 18 do ECA, no sentido de que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente.

Destarte, a ruptura de um casamento ou de uma união estável, enquanto escolha em busca da felicidade afetiva dos integrantes da relação, paulatinamente, vem deixando de ser postergada em nome da prole – fator comum às gerações que nos antecederam, quer por imposição social, quer pela indissolubilidade do matrimônio ter sido permitida apenas em 1977 – passando a um status de bem maior, inclusive, aos filhos.

Não podemos esquecer o grande número de filiações decorrentes de relacionamentos eventuais os quais, constantemente, os genitores sequer estabeleceram relação duradoura antes da concepção, sendo a rotina das Varas de Família buscar, também nessas situações, o ajuste das questões convivenciais das crianças e adolescentes com ambos os núcleos familiares.

O abandono da expressão "visitas" para se referir ao tempo que o filho passará com aquele genitor que não detém a sua base de residência vai além de preciosismo terminológico e busca, certamente, a proteção contemporânea do bem-estar psíquico e relacional àqueles a quem a Constituição Federal destina especial proteção.

O ato de visitar nos remete ao pensamento de algo protocolar, institucional ou formal. Remetendo ao saber popular, cada um de nós pode relembrar dos cuidados que vivenciávamos quando iríamos receber visita em casa quando éramos pequenos: os cuidados com a limpeza, com

---

Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente: Da vara de menores à vara da infância e juventude.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, p. 110).

o que vestir e até com os "modos", ou seja, com o comportamento em frente àqueles que estavam de passagem pelo lar.

A fim de não nos esquecermos os verdadeiros destinatários do direito em questão, o tempo de permanência do filho com o progenitor que não exerça a sua base de residência, independentemente de qual seja a forma de guarda, deverá ser estabelecido enquanto convivência.

De um mero visitar alçado ao "com viver", por certo, estabelecemos uma rotina de coexistência e de elo, sendo um espaço de afeto que, certamente, requer intensidade e, em nosso sentir, o confinamento imposto pelo COVID-19 não pode servir como meio de alijar os filhos de uma plena convivência com ambos os núcleos familiares. O medo de contaminação, por si só, não pode ser tolerado e necessita de atitudes enérgicas por parte dos magistrados aplicando, inclusive, as astreintes como forma de combater o descumprimento do dever de convivência familiar.

A verdade é a de que, o confinamento possibilitou – ainda que de forma forçada – a construção de um novo modelo de parentalidade. A sociedade contemporânea tem delegado às instituições educacionais funções muito maiores do que prestar escolaridade à prole. A velha frase de que "educação vem de casa" é mais do que verdadeira e, o período de isolamento exigiu que os pais participassem ativamente da vida escolar dos filhos.

Na mesma esteira, o tempo ocioso das crianças e adolescentes, normalmente recheado pelo isolamento digital proporcionado pela vida multitelas, vem exigindo dos genitores uma dose extra de criatividade e dedicação e, até mesmo, o próprio abandono de seu hábito (ou seria vício?) de passar muito tempo navegando em redes sociais.

Todo momento de crise é, de igual forma, de transformação. Nossa esperança é a de que, além da valorização de pequenas atitudes como o simples fato de poder dar uma caminhada em um parque, o momento pós-pandemia sirva como o marco de um novo elo dos filhos com ambos os núcleos familiares.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito à convivência familiar**.** In: IBIAS, Delma Silveira. **Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais.** Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2012.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família contemporâneo.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente: Da vara de menores à vara da infância e juventude.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COMO VIABILIZAR O ATENDIMENTO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA EM FACE DA READEQUAÇÃO OU DA SUSPENSÃO DO REGIME DE CONVIVÊNCIA DURANTE A PANDEMIA?

Eliza Cerutti*
Renata Santa Maria*

Ninguém poderia imaginar que poucos meses após as primeiras notícias do Coronavírus na China, o mundo vivenciaria uma pandemia e incontáveis dramas nela fundados. A vida da grande maioria das pessoas se transformou abruptamente e as crianças e adolescentes não puderam ser blindados dessa nova realidade. A situação é inusitada, as incertezas e o medo, geradores de angústia e, o distanciamento da própria família, muitas vezes necessário, potencializa o sofrimento e as fragilidades. Nos resta refletir sobre maneiras de, em meio ao caos, preservar as crianças e os adolescentes, sobretudo quando a sensatez, o diálogo e o consenso deixam de guiar as decisões parentais, ou quando, entre escolher pela saúde ou pela convivência familiar, aquela se revela prioritária, exigindo o distanciamento físico de um ou, no limite, de ambos os pais.

Ao refletir sobre o cotidiano dos filhos e da convivência familiar durante a pandemia, impossível não revisitar a noção de superior interessa da criança enquanto manjedoura de direitos subjetivos e formativos e, ao mesmo tempo, baliza hermenêutica, que possui delineação complexa, flexível e adaptável à concretude.

Após a Revolução Industrial, apoiada na separação entre vida privada e pública, favorecida pelas importantes contribuições das ciências sociais, especialmente, da Psicologia, da Pedagogia e da Sociologia, começa a surgir a concepção da criança como ser digno de

* Mestre em Direito pela Universidade de Barcelona – UBA. Advogada.
* Mestre em Direto pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogada.

proteção[1]. Essa noção ganhou dimensão universal com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, que instituiu a ideia de criança enquanto ser vulnerável e merecedor de proteção integral, consolidando a noção de superior interesse da criança enquanto princípio que deve orientar toda ação em favor da infância. No Brasil, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/1990), e o Código Civil são os instrumentos legais que conduzirão à proteção dos direitos da infância.

Com dimensão de um princípio universal - ante a maciça adesão de todos os países do mundo, com exceção apenas dos Estados Unidos -, o superior interesse da criança se justifica e se edifica na percepção de que as crianças e os adolescentes possuem direitos especiais pela falta de maturidade física e intelectual e por se encontrarem em plena fase de desenvolvimento de suas personalidades, logo, de suas potencialidades[2]. Na infância, a vulnerabilidade é um estado *a priori*, pela fragilidade que a torna, facilmente, vítima e, por isso, merecedora de atenção especial[3].

O superior interesse da criança há de ser adjetivado como primordial, impondo que seja levado em conta, durante a edificação da decisão sobre a questão debatida. O direito se colocará em prática sempre que se tenha que tomar uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças concreto ou genérico ou as crianças em geral. Significa também que, se uma disposição jurídica admite mais de uma interpretação, se impõe a interpretação que satisfaça, de maneira mais efetiva, o interesse superior da criança. Os direitos consagrados na Convenção e seus Protocolos facultativos o estabelecem como marco interpretativo. Significa também que, sempre que se tenha que tomar uma decisão que

---

[1] REVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. *Marco internacional e interno del derecho de la infancia y de la adolescencia*. Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Máster en derecho de familia e infancia. Barcelona, 2014. p. 6.
[2] FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12-13.
[3] MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* São Paulo: RT, 2012., p. 129.

afete uma criança em concreto, um grupo de crianças concreto ou as crianças em geral, o processo de adoção de decisões deverá incluir uma estimação das possíveis repercussões (positivas ou negativas) da decisão na criança ou crianças interessadas.

A avaliação e determinação do interesse superior da criança requer garantias processuais. Ademais, a justificação das decisões deve deixar patente que se leva em conta, explicitamente, esse direito. Nesse sentido, o Judiciário – e não apenas ele – deverá explicar como têm respeitado esse direito na decisão, ou seja, que considerou que atendia ao interesse superior da criança, em que critérios se baseou a decisão e como tratou os interesses da criança frente a outras considerações[4].

Importante registrar que, no ano de 2013, depois de quase 25 anos de vigência da Convenção das Nações Unidas, pela primeira vez, o Comitê dos Direitos da Criança se posicionou quanto ao significado do princípio do superior interesse da criança, definindo balizas para a sua compreensão, em especial, na compreensão de decisões judiciais e administrativas e esclarecendo que decisões pré-concebidas não atendem, não respeitam e, no mais das vezes, ignoram os interesses das crianças e adolescentes, pois, estes só podem vir a ser identificados nas peculiaridades dos casos concretos.[5]

Com vistas a proteger o melhor interesse da criança, em meio à crise pandêmica, mais do que nunca, será necessário renunciar a concepções prévias estigmatizantes e analisar as peculiaridades de cada caso, sobretudo quando se analisa a eventual necessidade de suspensão temporária da convivência familiar.

---

[4] Observación general n. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponível em: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. Acesso em 13 jun. 2020.

[5] Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponível em: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

Apesar de todos os cuidados que o atual contexto exige, compreendendo que as figuras parentais compõem, quase sempre, o primeiro entorno da criança, o afastamento da interação presencial com um deles deve ser visto com ressalvas, eis que não passará incólume na formação do indivíduo. Como escreve François Ost: "em um contexto onde tudo parece negociável, onde toda a pertença é sentida como um constrangimento, é preciso rendermo-nos à evidência: os elos intergeracionais não são permutáveis, nem estão disponíveis. Em relação a eles, continua a valorizar-se a incondicionalidade e a estabilidade".

Na convivência das crianças com as figuras parentais se estabelecem as lições primeiras de afeto, o reconhecimento do outro, o estabelecimento de limites, aspectos centrais da formação do indivíduo e, por isso mesmo, improrrogáveis. Vale dizer, somos influenciados pelo ambiente, como um sistema que realiza trocas contínuas, sem perder a unidade; construímos e reconstruímos nosso modo de ser no mundo a partir do que vivenciamos. Assim, ensinam Humberto Maturana e Francisco Varela:

> [...] cada criança será o ser humano que sua história configura em um processo de epigênese no qual aquilo que se passa surge na transformação da estrutura inicial de maneira contingente a história do viver em que a criança e a circunstância se transformam juntos de maneira congruente. [...]. Cada um de nós é e será, de uma ou de outra maneira, de acordo com aquilo que vivermos [...].
> Todo ato humano ocorre na linguagem. Toda ação na linguagem produz o mundo que se cria com os outros, no ato de convivência que dá origem ao humano. (...) Qualquer coisa que destrua ou limite a aceitação do outro, desde a competição até a posse da verdade, passando pela certeza ideológica, destrói ou limita o acontecimento do fenômeno social. Portanto, destrói também o ser humano, porque elimina o processo biológico que o gera.

A própria forma de enfrentamento de cada um dos pais no momento de crise pandêmica é lição fundamental que não deveria, em regra,

ser suprimida. As vivências presenciais da criança, no período de quarentena, podem ser especialmente ricas, eis que, estando suspensas boa parte das atividades de que se ocupam os pais e os filhos, resta a interação profunda e intensa, espaço para a descoberta de novos interesses comuns, para partilha das angústias e para a materialização de conflitos. Ademais, a criança é sujeito e protagonista de sua história; ela constrói a cultura em que vive tendo, pois, o direito de ter a influência das figuras parentais ao longo da formação de sua identidade pessoal e social. Conforme Manuel Jacinto Sarmento e Sandra Marcele Barra:

> O mundo da criança é muito heterogéneo, ela está em contacto com várias realidades diferentes, das quais vai apreendendo valores e estratégias que contribuem para a formação da sua identidade pessoal e social. Para isso contribuem a sua família, as relações escolares, as relações de pares, as relações comunitárias e o trabalho que desempenha. Este, seja na escola ou na participação de tarefas familiares, leva as crianças a aprender quando e como agir e ao agir inscrevem o seu saber no contexto social e são também produtoras de práticas culturais[6].

A convivência familiar integra o núcleo essencial dos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, da Constituição Federal) e só poderá admitir relativização em circunstâncias excepcionais, nas quais o prejuízo à saúde se mostre iminente e não potencial. Vale dizer, a decisão que suprima temporariamente a convivência deverá ser pontual, sem afetá-la como um todo, sob pena de ser considerada equivocada.

Em meio à pandemia da Covid-19, para que o intérprete verifique a necessidade de restrição ou supressão do direito à convivência do filho com uma das figuras parentais, precisará valer-se da heterorreferência[7], coletando informações de outros sistemas, como o

---

[6] SARMENTO, Manuel Jacinto; BARRA, Sandra Marlene. *Os saberes das crianças e as interações na rede*. Zero-a-Seis, Florianópolis, v. 8, n. 14, p. 1-20, dez. 2006. p. 3.

[7] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México DF: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 142.

da política e o da saúde. Esta abertura cognitiva do sistema jurídico só poderá ocorrer diante do caso concreto.

No caso da pandemia da Covid-19, as orientações internacionais (Organização Mundial de Saúde) e, bem assim, as nacionais, veiculadas pelo Ministério da Saúde são no sentido de manutenção do distanciamento social, adoção de medidas de prevenção de higiene e sanitárias, bem assim, restrição de viagens internacionais[8]. Nestas circunstâncias, havendo risco concreto de lesao ao direito das crianças à saúde, a convivência familiar deverá ser sacrificada naquilo que seja necessário.

É mesmo um tempo de "escolhas trágicas", por vezes, um jogo de perde-perde, como escreveu José Fernando Simão[9]. Na pandemia do Coronavírus, quando há prova de risco iminente à saúde das crianças, os Tribunais vêm determinando a suspensão do regime presencial de convivência, substituindo-o pela realização de contatos virtuais – ligações, mensagens e chamadas de vídeo. O uso da tecnologia seria, aparentemente, a forma imediata para minimizar os impactos do distanciamento físico, aplacar minimamente a angústia provocada pelo inusitado, preservar os importantes os vínculos parentais, em última análise, promovendo a tutela das crianças e adolescentes.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado datado de 28 de maio de 2020, decidiu-se por suspender temporariamente a convivência presencial do pai com o filho, em razão daquele ser médico e trabalhar em hospitais que atendem pacientes acometidos pela Covid-19. O Desembargador Relator assim fundamentou seu voto:

---

[8] Disponível em https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca. Acesso em 30 de junho de 2020.

[9] SIMÃO, José Fernando. *Direito de família em tempos de pandemia*: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/artigos/1405/Direito+de+fam%C3%ADlia+em+tempos+de+pandemia%3A+hora+de+escolhas+tr%C3%A1gicas.+Uma+reflex%C3%A3o+de+7+de+abril+de+2020. Acesso em 29 de junho de 2020.

> A par disso, é inquestionável que os profissionais da área da saúde que atuam em hospitais e unidades que efetuam atendimento de pacientes provavelmente infectados estão mais expostos ao contato com o vírus do que as demais pessoas. Por outro lado, o filho do agravante é uma criança de tenra idade, que irá completar 3 anos em julho do corrente ano, sendo imperioso ponderar a preservação do melhor interesse do infante frente à situação excepcional que se enfrenta com esta pandemia. Situações excepcionais exigem adoção de medidas excepcionais[10].

No interior de São Paulo, em Presidente Prudente, o juiz Eduardo Gesse, da 2ª Vara de Família e Sucessões determinou que fossem postergadas as visitas que seriam realizadas pelo pai, piloto de avião, à filha. A medida adotada se mostrou correta, pois, determinou que o genitor se resguardasse em quarentena de quatorze dias, após a realização da última viagem[11].

Tais decisões se coadunam com a orientação nº 18 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA- proferida em 25 de março do corrente ano:

> 18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações: (a) As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida; (b) O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro

---

[10] Agravo de Instrumento, nº 70084129725, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-05-2020.

[11] Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/piloto-aviao-proibido-ver-filha-risco.pdf.

> responsável; (c) Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado; (d) O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado; (e) No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas; (f) O judiciário, a família e o responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e a saúde da coletividade como um todo.[12.]

Para além da cautela indicada em razão da exposição de um dos pais a um possível contágio, em regra devido à profissão que exercem, a suspensão da convivência também pode guardar relação com a não observação dos cuidados preconizados pelas normas políticas e de saúde pública. No Rio Grande do Sul, em decisão proferida em 16 de abril de 2020, restou temporariamente suspensa a convivência de filho menor com a mãe, por conta da não observação das regras sanitárias e de isolamento. A juíza Carmen Maria Azambuja Farias, titular da 4ª Vara de Família de Porto Alegre, proferiu a decisão externando a preocupação com a flexibilização injustificada do isolamento:

> Pela situação posta, entendo que determinar que a autora respeite o isolamento social enquanto estiver com o filho, não surtirá o efeito necessário, pois, infelizmente, a genitora parece não compreender a gravidade do momento enfrentado. (...) Estamos falando de milhões de pessoas infectadas pelo vírus no mundo e de quase dois mil mortos no nosso país, de pessoas de TODAS as idades. A orientação é a de que as pessoas fiquem em casa. Portanto, entendo que a preocupação do genitor é real e está

---

[12] Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf.

> demonstrada. Destaco, por oportuno, que tenho entendido pela manutenção do convívio quando ambos os genitores estão comprometidos com a segurança dos filhos, o que não vislumbro no caso em tela. Assim, defiro a tutela de urgência postulada pelo réu para o fim de suspender o convívio materno até o dia 30/04 ou enquanto perdurar a suspensão dos prazos processuais e o fechamento dos fóruns. Asseguro, entretanto, à genitora, o contato virtual com o filho.

Há circunstâncias outras em que os pais separados buscam criar um arranjo familiar totalmente diverso para o período da crise pandêmica. Não são raros pais separados escolhem viver na mesma casa, de modo a garantir a convivência com os filhos, sem os riscos do deslocamento. Em caso acompanhado pelas autoras, pai e mãe optaram pela residência conjunta durante a pandemia, de forma a contornar as inúmeras restrições do isolamento – funcionários dispensados, avós afastados por estarem no grupo de risco, escolas fechadas. Transcorrido 01 (um) ano da separação fática e no auge da crise, o referido casal acabou retomando a vida conjugal, agora com mais maturidade e objetivos comuns claros.

Valiosa, outrossim, é a experiência da convivência familiar nos países europeus que vivenciaram a pandemia da Covid-19 antes do Brasil. Na Itália, para ilustrar, apesar do Decreto de 22 de março de 2020 vetar o deslocamento dos cidadãos, o próprio governo esclareceu em seu sítio oficial na Internet que estaria permitido deslocar-se para visitar ou buscar filhos menores, ou seja, as medidas de proteção não deveriam implicar a priori n interrupção da convivência[13].

Na Argentina, por outro lado, a primeira Resolução (132/2020) emitida pela Secretaria Nacional da Infância, Adolescência e Família do Ministério de Desenvolvimento Social da Nação estabeleceu que as crianças e adolescentes deviam cumprir o isolamento e que poderiam

---

[13] Disponível em: http://www.governo.it/it/faq-iorestoacasa. Acesso em 04 de julho de 2020.

deslocar-se uma única vez para retornar ao domicilio base, sem possibilidade de alternância. Contudo, declarada a inconstitucionalidade da disposição, o Governo voltou atrás, para permitir o deslocamento semanal para alternância da casa de um dos pais ao outro.

Como se vê, a tarefa hermenêutica será complexa; aos julgadores caberá apartar as condutas que estão realmente compreendidas na preservação da saúde daquelas que estão a serviço da vil tentativa de afastamento de uma das figuras parentais da vida do filho. A tentativa de alienar o filho em relação a um dos pais, infelizmente, não é rara e pode encontrar o caminho facilitado no momento da pandemia da Covid-19.

No romance *O Amor nos Tempos do Cólera,* de Gabriel García Márquez, que se passa em Cartagena, em meio à epidemia de cólera do final do século XIX, o protagonista Florentino Ariza espera, por mais de 50 anos, para ter o encontro amoroso com a amada Fermina Daza e se vale da situação de calamidade para alcançar o seu intento.

> A única coisa que permitia saltar por cima de tudo era um caso de peste a bordo. O navio se declarava de quarentena, içava-se a bandeira amarela e se navegava numa emergência. O comandante Samaritano tinha tido que fazê-lo várias vezes devido aos muitos casos de cólera aparecidos no rio, embora as autoridades sanitárias obrigassem logo os médicos a expedir certificados de desinteria comum. Além disso, muitas vezes na história do rio içava-se a bandeira amarela da peste para burlar impostos, para não recolher um passageiro indesejável, para impedir buscas inoportunas. (...) Se coisas assim se faziam por tantas razões imorais, e até indignas, Florentino Ariza não via por que não seria lícito fazê-las por amor.[14]

Na atual crise, tem o Poder Judiciário a importante função de não permitir que falsas “bandeiras amarelas” sejam içadas em clara

[14] MÁRQUEZ, Gabriel García. *O Amor nos Tempos do Cólera.* 56ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 424-425.

violação ao princípio do melhor interesse. Merece especial destaque, neste ponto, a decisão proferida no processo nº 5011439-94.2019.8.21.0001, do Estado do Rio Grande do Sul, no qual, após anos de completo distanciamento entre pai e filha, por decorrência de aparente alienação parental realizada pela mãe, restou autorizada a retomada da convivência, pouco antes da imposição de distanciamento social. A genitora, então, solicitou a interrupção da novel convivência com o pai, para supostamente proteger a criança de eventual risco de contágio. Entretanto, a convivência foi preservada e, inclusive, ampliada, por reputar-se imprescindível o vínculo para o desenvolvimento psicossocial da infante, como bem fundamentou a magistrada responsável pelo caso:

> ...no tocante ao questionamento da genitora acerca da pandemia da COVID-19, embora não se desconheça o cenário excepcional que todo o mundo está passando - com os efeitos do coronavírus -, considerando que (...) não apresenta problema de saúde, incumbe ao pai e à profissional responsável pelo acompanhamento das visitas adotar todas as recomendações do Ministério da Saúde e demais autoridades públicas para fins de prevenção ao contágio do coronavírus. Ademais, até o momento não se tem ideia do período de duração do isolamento social, sendo inviável afastar novamente o genitor da filha por tempo indeterminado, o que certamente não atende ao melhor interesse dela. E mais, um novo afastamento da figura paterna pode ter efeito irreversível e prejudicial sobremaneira ao desenvolvimento psicossocial da infante. Isso porque, em se tratando de criança com apenas 05 anos de idade, que já demonstra evidente dificuldade na retomada do convívio com seu pai, permitir um novo distanciamento poderá ser desastroso (e definitivo) para qualquer reaproximação futura.

Na linha da magistral decisão, entende-se que o momento de crise sanitária mundial deve ser uma oportunidade para reafirmar direitos e não para arrefecê-los. O momento em que vivemos é de todo desafiador e o presente ensaio se propôs a trazer algumas balizas hermenêuticas,

sem a pretensão de apresentar respostas prontas. É certo que as escolhas e decisões hoje tomadas repercutirão por muitos e muitos anos, tanto na esfera familiar, quanto na esfera comunitária.

As incertezas do interlúdio que vive a humanidade não devem, contudo, dar margem a desilusão com o porvir e a retrocessos. Como conclui o personagem Florentino Ariza na obra de García Márquez, *"o amor se torna maior e mais nobre na calamidade".*

REFERÊNCIAS

BRANCO, Patrícia**.** Direito e comida: algumas reflexões sobre o papel da comida no direito e justiça da família. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 6, n. 2, p. 171-186, set. 2018.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: Atlas, 2011.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad. México** DF: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **O Amor nos Tempos do Cólera**. 56ªed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, Humberto. **Ontologia da realidade.** Belo Horizonte: UFMG, 1997.

OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

REVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. **Marco internacional e interno del derecho de la infancia y de la adolescencia.** Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Máster en derecho de familia e infancia. Barcelona, 2014.

SARMENTO, Manuel Jacinto; BARRA, Sandra Marlene. **Os saberes das crianças e as interações na rede.** Zero-a-Seis, Florianópolis, v. 8, n. 14, p. 1-20, dez. 2006.

SIMÃO, José Fernando. **Direito de família em tempos de pandemia**: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020**.** Disponível em http://www.ibdfam.org.br/artigos/1405/Direito+de+fam%C3%ADlia+em+tempos+de+pandemia%3A+hora+de+escolhas+tr%C3%A1gicas.+Uma+reflex%C3%A3o+de+7+de+abril+de+2020. Acesso em 29 de junho de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OS EFEITOS DA SUSPENSÃO DO REGIME DE CONVIVÊNCIA NO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA

Larissa Maria de Moraes Leal*

Desde o final de 2014, com a alteração dos artigos 1.583 a 1.585 e 1.634, todos do Código Civil Brasileiro, o legislador brasileiro buscou esclarecer o entendimento do manejo da guarda compartilhada no Brasil e, também, aclarar as hipóteses de sua aplicação, antes tida como possível apenas mediante consenso entre os pais.

Apesar de sua adoção no Brasil desde 2002, foi em 2008 que o Código Civil sofreu alteração para albergar o instituo da guarda compartilhada. A sua introdução na lei não foi suficiente para oferecer maior segurança à solução dos conflitos sobre guarda.

Por um lado, prevaleceu o fato de que a lei, sozinha, não resolve as situações jurídicas problemáticas[1] e, por outro, a evidência da imensa dificuldade que têm os juristas de imiscuírem-se no campo das relações de família.

Eduardo Oliveira Leite apontou, ao comentar a lei de 2008, o que, em sua opinião, que compartilhamos, é o maior dos problemas no que toca ao tema em comento:

> Ademais, ao se examinar o texto da nova lei constata-se, com perplexidade, que a mesma não estabeleceu o significado da expressão "guarda compartilhada" em nenhum de seus artigos. Matéria plenamente atendida pelo texto legislativo anterior. Poder-se-ia invocar o disposto no § 2.º do art. 1.583 do CC/2002 ("Na guarda compartilhada,

---

* Doutora em Direito Privado pela UFPE, Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito do Recife-Universidade Federal de Pernambuco, Coordenadora para a área de Direito de Família da ESA Nacional, Membro da Comissão de Direito de Família da OAB, Seccional de Pernambuco, Advogada.

[1] KELSEN, Hans. *O Que é a Justiça?*, *passim*.

> o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos"), mas tal dicção não estabelece nenhum significado da expressão "guarda compartilhada" limitando-se a tentar determinar a operacionalização da referida guarda. Fica, então, uma primeira indagação à nova Lei: Onde ficou estabelecido o significado da expressão "guarda compartilhada"?[2]

Passou a existir uma falsa dissonância entre as disposições normativas do Código Civil, alteradas desde 2008, como se a norma trouxesse conflito interno, que levaria a guarda compartilhada para o âmbito específico da vontade dos pais e não, como previa a norma, para todas as situações em que a guarda compartilhada fosse possível.

Entre a vontade dos pais e todo o campo das possibilidades existe um largo espaço de aplicação da norma, espaço este que, infelizmente, não mereceu ampla e clara incidência do instituto da guarda compartilhada[3].

Atualmente, a guarda compartilhada está regulada no artigo 1.584, nos termos das alterações promovidas pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, *verbis*:

> "Art. 1.584 (...)
> § 2.º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor".

Essa alteração normativa, todavia, não ajudou a esclarecer outro problema grave existente, tanto nas decisões judiciais quanto em uma

---

[2] LEITE, Eduardo Oliveira. *Comentários à Lei 13.058, de 22.12.2014 – Dita, Nova Lei da Guarda Compartilhada*, p. 78.

[3] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Guarda Compartilhada na Lei 13.058, de 22.12.2014*, p. 243.

parte da doutrina: a diferenciação entre guarda alternada e guarda compartilhada. Antes, de início, a determinação do modo de exercício da guarda compartilhada seguiu a métrica tradicional do regime de guarda alternada.

> A definição do que é efetivamente guarda compartilhada também costuma gerar dúvidas, havendo confusão entre guarda compartilhada e guarda alternada, mas estas dúvidas ocorrem por falta de detida leitura do § 1.º do art. 1.583, vigente no atual Código Civil e que não modificado pela lei aqui comentada. Esse § 1.º é absolutamente claro, ao estabelecer que a guarda compartilhada importa em responsabilização conjunta, e não em responsabilização alternada, assim como no exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar pelo pai e pela mãe que não vivam sobre o mesmo teto, e não no exercício alternado:
> "Art. 1.583 (...)
> § 1.º *Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5.º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns* (Incluído pela Lei 11.698 de 2008).
> (...)" (destaque do autor)[4].

Os pais e tutores são titulares de um conjunto de direitos e deveres que não admite fragmentação temporária, nem restrições que avancem sobre seus direitos e obrigações de conduzirem a educação e os cuidados com os filhos.

Essa, definitivamente, é a maior das conquistas contemporâneas: pais e mães, independentemente de não compartilharem o domicílio dos filhos, mantêm a sua condição fática e

[4] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Guarda Compartilhada na Lei 13.058, de 22.12.2014*, p. 243-244.

jurídica, sendo conjuntamente responsáveis e titulares dos direitos que decorrem de sua condição.

No campo legislativo, portanto, desde 2008, tivemos mudanças significativas no tratamento legal da guarda.

Na guarda compartilhada, pais e mães têm garantia legal de proteção de seu tempo de convivência com os filhos, de modo a garantir que tenham rotinas compartilhadas e intimidade resguarda. Ademais, é também a guarda compartilhada que garante a participação conjunta dos pais nas decisões sobre educação, lazer e hábitos dos filhos, não devendo prevalecer um ou outro modo de vida.

> O tempo de convivência dos filhos com os genitores deve ser intensificado e dividido de forma equilibrada. Esse equilíbrio levará em conta a rotina dos filhos e dos pais, não tendo ligação direta com frações ou cálculos matemáticos. Referida alteração legal é fruto de estudos que demonstraram a necessidade de convívio e contato físico dos filhos tanto com o pai, quanto com a mãe, pois a ausência de afeto e contato físico pode trazer marcas profundas na personalidade de crianças e jovens, lançando reflexos em seu caráter[5].

Já na guarda alternada, cada um dos pais terá consigo o filho alternadamente. Essa alternância pode se dar a cada três dias, a cada semana ou, ainda, em meses ou até mesmo anos alternados. Nas situações de domicílio dos pais em países diferentes não se impõe, necessariamente, a guarda alternada, porquanto a participação dos pais nas decisões sobre a vida dos filhos deve permanecer paritária.

Não obstante, há países – como, por exemplo, os Estados Unidos da América, a depender do Estado Federado - que não albergaram a guarda compartilhada, sendo problemática a inexistência de documentos que garantam a guarda, nos moldes tradicionais, para o

---

[5] CHERULLI, Jaqueline. *Da Dupla Residência na Lei Brasileira da Guarda Compartilhada*, p. 116.

pai ou a mãe que neles residam. Assim, como excepcionalidade, temos casos de alternância anual de guarda, o que, diante da situação insuperável de distanciamento domiciliar, se impõe.

A situação atual de pandemia trouxe à baila problemas de alienação parental, com pai ou mãe negando ao outro o acesso aos filhos, sob argumento de manutenção de saúde e segurança.

Esses problemas fizeram ressaltar as bases sobre as quais foram construídas as convicções nacionais de que a guarda compartilhada é a que melhor atende aos interesses das crianças e adolescentes, nos casos que não há conjugalidade entre os seus pais.

Convém lembrar que uma pandemia pode gerar profundas alterações nos ordenamentos jurídicos. Mas os seus fundamentos, sempre que possível, devem resistir porque assentados em valores construídos na sociedade, sendo, deles, em retorno, parte integrante.

> A linha imaginária que divide o Estado de Direito e o estado de exceção direciona-se para a vontade do soberano em controlar a vida humana, reduzindo-a à mera *vida nua*. Sob essa perspectiva, o Estado de Direito não aboliu completamente a vontade soberana, mas, sim, ocultou-a, para prevalecer, quando preciso, da figura jurídica do estado de exceção[6].

No campo da guarda compartilhada, portanto, o regime de convivência não deve ser suspenso, salvo para proteção da saúde e segurança das crianças e adolescentes, considerando-se os aspectos emocionais e psicológicos envolvidos.

A utilização da tecnologia de contatos e conversação à distância, saliente-se, não deve encontrar resistência de parte a parte. As notícias catastróficas e o medo que o período gerados pelo atual período podem, compreensivamente, fazer com que os filhos queiram ter contato,

---

[6] CAMBI, Eduardo & PORTO, Letícia de Andrade. *O Homo Sacer Imigrante na Pandemia de COVID-19*, p. 372.

se não direto, mas pelo menos por telefone ou por aplicativos de voz e imagem, diariamente com ambos os pais.

O respeito aos sentimentos de urgência dos filhos deve estar unido ao dos pais, sendo aqueles preferenciais em razão da condição de vulnerabilidade fática e jurídica das crianças e adolescentes.

Ocorrendo negativa de um dos pais em respeitar os acordos já administrados e consolidados, antes do período pandêmico, para o exercício da guarda, é possível inferir que os métodos de solução extrajudiciais de conflitos tais, como a mediação, estejam superados pela própria dificuldade fática de sua realização em um período pandêmico.

Nesse ponto, caberá ao Estado a solução rápida e eficaz do conflito, sendo admissível, quando evidenciado o risco à segurança e saúde dos filhos, a suspensão da visitação e da convivência física entre eles e os pais.

A suspensão da visitação e da convivência física não deve implicar na suspensão do exercício da guarda compartilhada.

Antes, pelo contrário, como dissemos, deve o Estado, por meio do Judiciário, promover ao máximo as interações familiares, determinando, caso necessário, horários para contatos dos pais com os filhos por meio da rede mundial de computadores e uma intensificação de notícias sobre os filhos, a ser dadas pelo guardião da situação, que deve ser meramente ocasional.

Em síntese apertada, conclui-se: a suspensão transitória do regime de convivência não pode criar obstáculos para o exercício da guarda compartilhada.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo & PORTO, Letícia de Andrade. **O *Homo Sacer* Imigrante na Pandemia de COVID-19.** In Revista dos Tribunais, vol.1017/2020, jul/2020, pp.371-374.

CHERULLI, Jaqueline. **Da Dupla Residência na Lei Brasileira da Guarda Compartilhada.** In Revista de Direito de Família e das Sucessões, vol.08/2016, abr-jun/2016, pp. 115-123.

KELSEN, Hans. **O Que é a Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEITE, Eduardo Oliveira. Comentários à Lei 13.058, de 22.12.2014 – Dita, **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. In Revista de Direito de Família e das Sucessões, vol.03/2015, abr-mar/2015, pp. 77-94.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Guarda Compartilhada na Lei 13.058, de 22.12.2014**. In Revista de Direito de Família e das Sucessões, vol. 2/2014, Out – Dez/ 2014, pp. 243 – 247.

EM QUE MEDIDA A SUSPENSÃO DO REGIME DE CONVIVÊNCIA PODE OBSTACULIZAR O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA?

Pablo Malheiros da Cunha Frota*

Inicialmente, agradeço a ventura de ter sido convidado pela Presidente da Comissão de Direito de Família e Sucessões do CFOAB, Lorena Guedes Duarte, e, pela amiga e grande jurista, Larissa Maria Leal, Coordenadora em Direito de Família da ESA Nacional, para participar da presente obra editada pela OAB Editora (Conselho Federal da OAB), com a temática voltada para: **Impactos da Pandemia COVID-19 no Direito de Família e das Sucessões**.

Coube a mim responder à pergunta que serve de título para a presente reflexão, na qual o faço a partir da construção haurida por João Ricardo Aguirre, em recente artigo intitulado "**O "homem cordial" e a**

---

* Pós-Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (2019). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2013). Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2008). Especialista em Direito Civil pela Unisul (2006). Especialista em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Graduado em Direito na Universidade Católica de Brasília (2004). Graduando em Filosofia na Universidade Católica de Brasília (2018). Professor Adjunto em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Federal de Goiás, (UFG) e Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da UFG. Cofundador da Rede de Pesquisas Agendas de Direito Civil Constitucional. Líder do Grupo de Pesquisa Realizando o Direito Privado na Universidade Federal de Goiás. Diretor de Publicação do IBDCONT. Diretor do IBDFAM/DF. Membro do IBDFAM, do BRASILCON, do IBDCIVIL, da ABDCONST, da ABEDI, da ALDIS, do IAB, do Instituto Luso-brasileiro de Direito e do IBERC. Pesquisador do Grupo Virada de Copérnico (UFPR) e do Grupo Constitucionalização das Relações Privadas (UFPE). Assessor Jurídico na Terracap (DF). Advogado. Código ORCID: 0000-0001-7155-9459. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/0988099328056133.

tutela da família em tempos de pandemia”,[1] pois ele traça um adequado panorama de como “o vírus do SARS-CoV-2, usualmente chamado de coronavírus, aproveita-se da notória afabilidade do brasileiro para multiplicar as suas vítimas”. [2]

Aguirre, com razão, sustenta como um dos efeitos da pandemia nas relações familiares é a “necessária mudança de práticas também se mostra impostergável, invadindo os lares sem bater às portas, a impelir novas regras e rotinas e a transformar as perspectivas”. Sobre a convivência aponta Aguirre:

> O fato inconteste é que as relações familiares clamam por bom-senso e razoabilidade. Assim, o pai que vive em outra cidade e precisa pegar um avião para estar com seu filho, muitas vezes em um flat ou apart-hotel, em finais de semana alternados, deve suspender a convivência, em respeito ao superior interesse da criança e do adolescente e tutela de seu próprio bem-estar. Ao outro pai, resta franquear o acesso a todos os meios virtuais, para que o contato entre ambos se torne possível, além de permitir uma compensação do tempo com o ausente, tão logo o confinamento encontre seu fim. Por outro lado, se a convivência se der na mesma cidade, por meio de transporte próprio e com poucos riscos de contágio, o correto seria permitir o salutar convívio com ambos os pais, talvez estendendo o período com cada um, como já é feito no período de férias escolares, a fim de evitar diversos deslocamentos.[3]

---

[1] AGUIRRE, João Ricardo. **O “homem cordial” e a tutela da família em tempos de pandemia.** Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-homem-cordial-e-a-tutela-da-familia-em-tempos-de-pandemia/. Acesso em 04.jul.2020.

[2] AGUIRRE, João Ricardo. **O “homem cordial” e a tutela da família em tempos de pandemia.** Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-homem-cordial-e-a-tutela-da-familia-em-tempos-de-pandemia/. Acesso em 04.jul.2020.

[3] AGUIRRE, João Ricardo. **O “homem cordial” e a tutela da família em tempos de pandemia.** Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-homem-cordial-e-a-tutela-da-familia-em-tempos-de-pandemia/. Acesso em 04.jul.2020.

A partir das argutas palavras acima, é importante, ainda que de forma brevíssima, é importante diferenciar algumas categorias jurídicas para a correta compreensão da resposta à pergunta a mim formulada pelas Coordenadoras da presente obra. As categorias jurídicas são autoridade parental, guarda compartilhada e convivência.

A autoridade parental, normalmente conhecido como "pátrio poder" no Código Civil de 1916 e como "poder familiar" no Código Civil de 2002, é "o exercício dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos".[4] O art. 2º, II, da Lei n.º 12.318/2010, que trata da alienação parental, utiliza o termo autoridade parental. A autoridade parental também é acolhida pelos arts. 21-24, 155-163 e 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Nessa linha, atualmente, a autoridade parental constitui a posição jurídica[5] dos pais em relação aos(às) filhos(as), ressaltando-se os aspectos dos deveres e das responsabilidades.[6] Elucida Paulo Lôbo:

> Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores se deram antes do advento da Constituição de 1988, no Brasil, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai

---

[4] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.1.

[5] O sentido de posição jurídica "indica um conjunto de direitos, deveres e competências conjugados de modo organizado e inter-relacionado. Sempre que o direito disciplina certas situações típicas, atribuindo situações ativas e passivas indissociáveis entre si, surge uma posição jurídica. O conceito de posição jurídica permite compreender a impossibilidade de reduzir o objeto de exame apenas a um dos ângulos (ativo ou passivo). Há um conjunto de poderes, que se entranha com os direitos e os deveres, que somente podem ser isolados para fins didáticos. É evidente que o conceito de posição jurídica não é privativo do direito público. Assim, por exemplo, o titular do poder familiar ocupa uma posição jurídica, o mesmo se dizendo quanto ao cônjuge." JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: RT, 2018, Capítulo 15, Item 13.2 (edição eletrônica).

[6] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.1.

> (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), como fez o Código Civil de 2002, ao denominá-lo “poder familiar”. A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento. Não há mais poder do pai ou dos pais sobre os filhos.
> Desde os antigos, já se fizeram distintos os conceitos de “poder” e de “autoridade”. Poder é relação entre força legitimada e sujeição dos destinatários. Esse sentido amplo abrange tanto o poder político quanto o poder privado. Por seu turno, autoridade é competência reconhecida, destituída de força e sujeição, exercida no interesse dos destinatários. O poder é vertical, emanando de cima para baixo; a autoridade é horizontal, porque consubstanciada em direitos e deveres recíprocos. (...)
> O conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à que se exerce em toda organização, pública ou privada. “Parental” destaca mais a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe.[7]

Esse conteúdo da autoridade parental tem assento constitucional nos arts. 227 e 229 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), pois tais dispositivos atribuem deveres aos pais como os de assistir, criar e educar os(as) filhos(as) até a maioridade civil: “São deveres jurídicos correlativos a direitos do filho, mas, ao mesmo tempo, direitos próprios dos pais, como o da convivência familiar”.[8] Tecnicamente, a autoridade

---

[7] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.1.
[8] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.1.

parental deriva da parentalidade e não pode ser vista como um efeito específico de algum tipo de filiação.[9]

Em uma palavra, a autoridade parental serve à democratização[10] das relações entre pais e filhos(as), como alude Giddens:

> Pode ser democrático um relacionamento entre pai/mãe e uma criança pequena? Pode, e deve, exatamente no mesmo sentido que em uma ordem política democrática. Em outras palavras, é direito da criança ser tratada como um suposto igual do adulto. As ações que não podem ser negociadas diretamente com uma criança, porque ela é pequena demais para apreender o que está envolvido, devem ser capazes de uma justificativa contrafactual.[11]

A autoridade parental, portanto, é: (i) mais dever do que poder; (ii) compreendida como múnus que permite atribuir juridicamente a alguém, em cada caso concreto, responsabilidade para com outrem diante de uma relação de parentesco, normalmente do(s) pai(s) e da(s) mãe(s) com a prole.[12]

A autoridade parental de pais separados ou divorciados (CC, art. 1.579) ou que tiveram filhos(as) em outras uniões familiares, mesmo que a guarda do(a) filho(a) esteja sob a detenção do(s) pai(s) ou da(s) mãe(s), "a autoridade parental continua sob a titularidade de ambos os pais".[13] Mesmo quem não está com a guarda possui o direito de visitas, de convivência e de compartilhamento de decisões com em relação à prole,

---

[9] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.1.

[10] Sobre o tema das famílias democráticas veja: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 13-14, p. 47-70, 2005.

[11] GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1993, p. 209.

[12] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.1.

[13] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.4.

bem como a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para solucionar eventual desacordo entre os pais. A única mudança com o divórcio ou com a dissolução da união familiar mantém hígida a autoridade parental, salvo quanto ao "direito de terem os filhos em sua companhia".[14]

No bojo da autoridade parental, se encontra o direito à companhia ou à convivência da prole ao mesmo tempo que os(as) filhos(as) tem o direito à companhia de ambos os pais. O direito à companhia "inclui o de fixar a residência do filho e exigir que este, sem permissão do pai e da mãe, deixe-a ou dela se ausente; ao mesmo tempo, o filho tem o direito de não ser retirado dela, salvo em caso de necessidade fundado na lei".[15]

O direito-dever de guarda permite:

> aos pais controlar a vida da criança, dentro do domicílio familiar e fora dele. Esse direito permite submeter a criança à vigilância sobre a organização de seu cotidiano e em controlar seus deslocamentos, suas relações com os membros da família e com terceiros. Ele permite controlar as correspondências e as comunicações. O direito deve ser exercido no interesse da criança, em função de sua idade e da cultura familiar. Deve-se ter em conta, nesse direito de controle e vigilância, os direitos reconhecidos à criança pelos textos internacionais, notadamente o direito à liberdade de expressão (art. 13 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança), o direito a não ser indevidamente interferido em sua vida privada, em sua família e em sua correspondência" (Lienhard, 2002, p. 27).[16]

---

[14] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.4.

[15] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.5.

[16] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.5.

Além disso, a autoridade parental pode ser delegada a terceiro, no todo ou em parte, e as circunstâncias fático-jurídicas apontarem neste sentido, com o terceiro sendo membro da família. O exercício da autoridade parental, quando casados(as) ou em união estável, não necessita do assentimento de ambos para cada ato. Em relação aos terceiros de boa-fé, cada um dos pais possui a presunção de agir com a concordância do outro, no exercício da autoridade parental.[17]

A convivência familiar é densificada por Paulo Lôbo:

> A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças. Esse princípio normativo hauriu seus elementos nos fatos da vida, em transeficácia, para assegurar direitos e deveres envolventes. A casa é o espaço privado que não pode ser submetido ao espaço público. Essa aura de intocabilidade é imprescindível para que a convivência familiar se construa de modo estável e, acima de tudo, com identidade coletiva própria, o que faz que nenhuma família se confunda com outra.[18]

Como dito, a convivência familiar se encontra no seio da autoridade parental ao garantir o direito dos pais, das mães em relação aos filhos e as filhas e vice-versa, "não podendo o guardião, nas hipóteses excepcionais de guarda exclusiva, impedir o acesso ao outro, com

---

[17] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. XVI, item 16.5.

[18] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. III, item 3.8.

restrições indevidas".[19] Viola à convivência familiar qualquer limitação ilegítima do direito de visita do pai ou da mãe não guardião(ã) do(a) filho(a), já que a titularidade do direito à convivência familiar. Destaca-se que direito à convivência familiar e ultrapassa a relação paterno-filial e abrange o jovem, o idoso.[20]

O conteúdo de autoridade parental e do direito à convivência antes apontados, em nosso entendimento, torna desnecessário o instituto da guarda, já que esta significa o poder e a proteção dos(as) pais em relação aos(às) filhos(as) ou ao direito à continuidade da convivência familiar, já estão contemplados por ambos os institutos retrocitados.[21]

Agora, como o Código Civil mantém o termo guarda e isso ainda se encontra disseminado no Direito brasileiro, com a guarda sendo entendida como convivência em qualquer de suas modalidades.

Desse modo, a pandemia da COVID19, até por conta dos custos dos testes, das características dos testes e da própria falta de testes, pode sim suspender o exercício da guarda compartilhada, não por conta do tratamento inadequado em relação à criança e ao adolescente.

Nesse passo, a suspensão do exercício da guarda compartilhada em hipótese de COVID19 somente pode ocorrer se o(s) pai(s) ou a(s) mãe(s) estiverem contaminados ou exerçam atividades que possam colocar a prole em risco de contaminação.

Caso os pais ou os(as) filhos(as) não sejam agentes transmissores por já terem contraído o vírus ou por não estarem contaminados, não podem ter o direito à guarda, em qualquer modalidade, suspendido, salvo se um dos motivos antes relatados ocorram.

---

[19] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. III, item 3.8.

[20] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. III, item 3.8.

[21] LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle, cap. X, item 10.2.

Como entendemos o termo guarda, em qualquer modalidade, compartilhamento de responsabilidades, com ou sem pandemia, a guarda não se alteraria em tempos de COVID19, pois o que pode ser restringido é a convivência e não as responsabilidades decorrentes da parentalidade. Se a guarda for entendida como convivência, sim, a pandemia, pelas razões retrocitadas, pode sim legitimamente ser suspensa.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo. **O "homem cordial" e a tutela da família em tempos de pandemia** Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-homem-cordial-e-a-tutela-da-familia-em-tempos-de-pandemia/. Acesso em 04.jul.2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 13-14, p. 47-70, 2005.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: RT, 2018 (edição eletrônica).

LOBO, Paulo. **Famílias**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Edição Kindle.

GUARDA, CONVIVÊNCIA E ALIENAÇÃO PARENTAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: como viabilizar o atendimento do melhor interesse do menor em face da readequação ou da suspensão do regime de convivência durante a pandemia?

Raduan Miguel Filho*

Em tempos de pandemia, em vez de pensarmos em voltar à normalidade, quem sabe seja melhor pensarmos em um mundo diferente. E é com base nessa perspectiva, que temos que olhar o melhor interesse da criança na convivência familiar, notadamente em ações de guarda e regulamentação de visitas.

Conforme dispõe o art. 227 da Constituição Federal:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

As regras dos artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil e do artigo 22, parágrafo único do ECA nos contempla a certeza de que *a mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança.*

Esses deveres dos pais ou responsáveis estão também muito marcantes nas regras estatuídas no Estatuto da Criança e do Adolescente,

---

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Mestre em Poder Judiciário pela FGV – Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio, e **Pós-Graduação** Direito Constitucional pela Faculdade de Ciências Humanas e Letras de Rondônia – FARO e UFMG.

que deixa bastante claro ser dever dos pais a guarda e a educação dos filhos menores, assegurada a sadia convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Portanto, é estreme de dúvidas que os pais devem buscar sempre a via e os mecanismos mais vantajosos para a formação e o desenvolvimento dos filhos, sendo os interesses das crianças o que há de mais relevante a ser preservado. Em que pese não poder desfrutar mais do convívio diário do pai ou da mãe que não detém a guarda, a criança deve usufruir da presença do seu genitor sempre que for possível, levando-se em consideração a sua integral proteção, sob pena de sofrer danos incomensuráveis em sua formação psíquica, física e social, sempre se lastreando pelo melhor interesse dela, à luz dos princípios previstos na Constituição Federal, no Código Civil Pátrio e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme leciona Fabio Bauab Boschi:

> Crê-se que, se há um direito, esse é do visitado, ele é o verdadeiro detentor do direito, e não o visitante. Nesse sentido poderia se dizer que o que existe na realidade é um direito à visita, nunca o inverso. A visita atende ao superior interesse do visitado, na medida em que colabora para o seu integral desenvolvimento biopsicossocial" (in Direito de Visita, editora Saraiva, 1° edição, 2005).

Sem dúvida, esses mesmos balizadores é que devem nortear as decisões no cenário atual.

As recomendações governamentais estabelecem hoje o isolamento, a fins de evitar o contágio e a propagação da doença (Corona Vírus 19). E, para tanto, no dia 25 de março, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) publicou recomendações para viabilizar o contato dos menores com seus genitores não guardiões, nos seguintes termos:

> “Recomenda-se que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente”[1].

Todos nós sabemos, e isso é imperativo para uma convivência salutar baseada nos princípios sociais e normatizados no regramento constitucional e infra constitucional, que a convivência familiar deve ser sempre preservada – e incentivada - no entanto, imprescindível que a criança e o adolescente estejam protegidos dos riscos e ameaças a sua integridade pessoal, moral e social, e para isso precisamos viabilizar o melhor interesse do menor em face da readequação necessária para estes momentos vividos pela sociedade mundial. Não existirá formula mágica, mas é extremamente necessário que analisemos os casos concretamente, e sempre à luz dos princípios gerais que regem a matéria, porquanto as peculiaridades existentes no Direito de Família têm nos mostrado que cada caso se apresenta como um caso diferente e marcantemente peculiar. Porém, a forma mais fácil de propiciar uma readequação sem traumas é contar com a temperança e resiliência dos genitores, porquanto a dinâmica de estar a criança ora na casa do pai e ora na casa da mãe, aumentarão consideravelmente o risco de contágio.

O que deve-se estar sempre bastante atento é, que diante desse redesenho das relações humanas e sociais causados pela pandemia, não seja esse momento delicado pelo qual passa a humanidade fator de utilização para aumentar ou incrementar a discórdia que porventura exista entre os pais (ou responsáveis); pais que buscam esses argumentos para justificarem seus

---

[1] COVID-19 – Conanda emitiu orientações gerais para a proteção de crianças e adolescentes. CAOP Informa 26/03/2020. **MPPR – Ministério Público do Paraná**. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/2020/03/246/Covid-19-Conanda-emitiu-orientacoes-gerais-para-a-protecao-de-criancas-e-adolescentes.html. Acesso em: 02 jul. 2020.

atos e suas atitudes devem ser conscientizados de que tais atitudes apenas causarão prejuízos à formação ética e moral da criança.

Devem estar claros aos pais (ou responsáveis) que essas readequações não poderão colocar indivíduos em risco, devendo ser orientadas pelos princípios de saúde coletiva que indicam que o achatamento da curva de transmissão será mais eficiente quanto mais as pessoas se mantiverem em casa. É questão de urgente saúde pública.

A par disso, como bem recomendado pelo Conanda, as tecnologias da comunicação deverão ser estimuladas, a fim de possibilitar aos genitores e seus familiares contato com a criança para manutenção dos laços afetivos. Devem os pais observar todas as medidas de higiene e de preservação da segurança própria e dos filhos comuns, atentos às normas das autoridades sanitárias e governamentais que procuram evitar a propagação do Corona vírus, procurando um exercício responsável do poder familiar.

Não estou dizendo com isso que seja necessário a suspensão do direito de visitas presencial em todos os casos, mesmo porque inexiste sugestão nesse sentido, mas a recomendação visa apenas não colocar as crianças ou a coletividade em risco. Conforme já me referi anteriormente, deve-se analisar caso a caso, a fim de encontrar a solução que melhor se adeque, sem suspender a convivência presencial de forma indiscriminada, sendo essa determinação a mais extrema.

O juiz deve interferir com adoção de medidas mais drásticas somente em casos constatado de ocorrência e demonstração evidente de risco de contaminação da criança por negligência de um dos genitores, vez que a suspensão da convivência presencial é a exceção.

Inclusive, percebo que esse têm sido o posicionamento de muitos Tribunais, a exemplo de um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi necessário determinar o afastamento do genitor do convívio com a filha, por 14 dias, por exercer a profissão de piloto de avião. O relator da ação destacou a necessidade da medida

para garantir a proteção da criança, mesmo sendo imprescindível o convívio de forma saudável.[2]

Outro caso que merece destaque foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que o próprio genitor ajuizou ação para suspender a visitação à filha, sob o argumento de que vive com seus genitores já idosos, integrantes, portanto, do grupo de risco estabelecido pelos órgãos de saúde, e com os deslocamentos poderia se contaminar com o vírus COVID-19, colocando a vida dele e dos familiares em risco. Nesse caso o relator deferiu o pedido, pontuando serem prudentes os argumentos relativos à preservação da saúde da filha e dos pais do genitor, idosos.[3]

Diante desse contexto, percebe-se claramente a necessidade de preservarmos, inclusive, as famílias estendidas, porquanto comumente nos casos de divórcios, os genitores passam a conviver com terceiros, que também devem ser protegidos, e dependendo da quantidade de pessoas aumenta as chances de contaminação, vez que os contatos se dão por cadeia.

A disseminação da doença atualmente foge ao nosso controle, e não existe previsão legal que venha disciplinar esse assunto em uma situação de calamidade, como a que estamos enfrentando, devendo prevalecer, portanto, mais do que nunca a empatia e a solidariedade.

Caso em sentido diverso, foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a genitora, não guardiã, requereu fosse oportunizada a readequação do convívio com sua filha, no período da quarentena, uma vez que suas atividades profissionais de educadora infantil encontravam-se suspensas, pretendendo que a medida se dê enquanto não reiniciasse as aulas da criança. Contudo, o pedido foi indeferido, entendendo o Magistrado que a convivência deveria se dar, provisoriamente, em caráter virtual, considerado o momento excepcional

---

[2] 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.
[3] 8ª Turma Cível do TJDFT.

vivido por toda comunidade. Entretanto, em grau recursal, o relator decidiu ser "cabível a pretensão de visitação, não obstante o evento COVID 19, uma vez que a mãe certamente empreenderá todos cuidados que a etiqueta médica recomenda para preservar a saúde da criança."[4]

Nesse mesmo sentido, em decisão liminar, o Tribunal de Justiça de Rondônia também já se manifestou, em caso que a genitora detentora da guarda, tentava obstar direito concedido ao genitor de retirar a criança da cidade para exercer seu direito de visitas, ao argumento de que os deslocamentos representam riscos desnecessários.

Ora, se os interesses das crianças é o que há de mais relevante a ser preservado, não podemos permitir que pais utilizem subterfúgios para impedir a convivência com o não guardião, porquanto devem buscar sempre a via mais vantajosa para a formação e o desenvolvimento dos filhos.

Poderíamos questionar se nesse estado de calamidade pública instalado, qual o bem da vida mais significativo, se promover o contato físico entre pais e filhos submetendo ambos a risco de vida ou, sendo possível, adaptar a convivência parental para o modo virtual, preservando-se simultaneamente a exposição ao risco de contaminação e a convivência parental, ainda que na modalidade digital.

Decerto, que para a maioria dos casos a solução mais acertada seria estabelecermos a convivência para o modo virtual, entretanto, devemos estar um passo à frente para evitarmos, repito, que um dos pais se aproveite da situação de vulnerabilidade da pandemia para promover a alienação parental. O risco de contágio e o desconhecimento de antídoto para o Corona vírus têm perpassado nossas análises, e por isso torna-se argumento facilmente aceitável e enganosa boa-fé de quem o propaga.

A suspensão do regime de convivência pode obstaculizar o exercício da guarda compartilhada, na medida que diversos conflitos podem ser gerados entre os genitores, que atrapalhem o relacionamento

---

[4] Agravo de Instrumento, Nº 70084139260, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 15-04-2020.

amistoso de antes, e consequentemente reflitam no compartilhamento da guarda, isso porque sabe-se que uma das condições primordiais é a comunicação harmoniosa entre os genitores a fins de possibilitar decisões cotidianas.

A guarda compartilhada têm sido muito benéficas, funcionando muito bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes funciona entre aqueles que mesmo não tendo o melhor diálogo, conseguem isolar os filhos de seus conflitos. Essa modalidade ajuda a atingir o objetivo de trabalhar em prol do bem-estar dos filhos, ajudando a minorar tristeza, solidão e o sentimento de rejeição que algumas crianças passam, na medida que aumenta o acesso aos dois genitores.

Dessa forma, inexistindo situações de desigualdade entre as condições oferecidas pelos dois responsáveis legais ou perigo diferenciado de contágio, por situação peculiar, nenhuma razão persiste para que a criança, durante o tempo de pandemia, fique impedida de conviver com seu pai, com sua mãe (ou responsáveis) e com suas famílias extensas, evitando-se, assim, a possibilidade de violência, retratada pelo abuso emocional que é alienação parental.

Com a guarda compartilhada criou-se um reconhecimento de igualdade entre os genitores, e por estarem aptos ao exercício do poder parental, não há razão para priorizar um guardião em detrimento do outro.

A ausência parental contínua e desarrazoada traz graves consequências emocionais às crianças, não podendo a mesma ser considerada norma padrão em uma situação excepcional como a que ora se vivenciamos. Devemos ter em mente que nossa capacidade de enfrentar o desafio repercutirá no desenvolvimento das crianças.

A criança necessita de um referencial seguro para viver e se desenvolver, e seu bem-estar deve se sobrepor, como um valor maior, a qualquer interesse outro.

Toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, devendo ser assegurada, na medida do possível, a preservação e o fortalecimento de vínculos afetivos saudáveis.

Nesse diapasão, é imprescindível que o aplicador do direito seja criterioso ao aferir as alegações dos genitores, para que possa buscar melhor decisão ao caso concreto, sempre visando o melhor interesse da criança.

Nesse contexto de crise epidemiológica, conforme já mencionado alhures, o isolamento é uma orientação, não obrigação. E, portanto, a suspensão das visitas deve ser sopesada, devendo-se sempre chegar a um acordo que resguarde os direitos e a saúde de todos, respeitando-se, sempre que possível, o regime de guarda e a comunicação, evitando-se exposições desnecessárias para o menor e o entorno familiar, enquanto perdurar a situação, mormente porque o bem maior a ser preservado é a vida.

Capítulo 2 - Fixação, Revisão e Execução de Alimentos

A LEI N. 14.010/2020 E OS TRATAMENTOS RELATIVOS AO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Flávio Tartuce*

Foi sancionada no último dia 10 de junho de 2020 a Lei n. 14.010/2020, que cria um Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus. Como se sabe, a nova norma tem origem no Projeto de Lei n. 1.179/2020, proposto originalmente pelo Senador Antonio Anastasia, após iniciativa dos Ministros Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, e Antonio Carlos Ferreira, do Superior Tribunal de Justiça. Para o trabalho de sua elaboração foi composta uma comissão de juristas, liderada pelos Professores Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo, que elaborou o texto, contando com minha participação, mediante sugestões enviadas à coordenação dos trabalhos e também ao Senador Rodrigo Pacheco e ao Deputado Vanderlei Macris, na tramitação no Congresso Nacional. As propostas feitas por mim também foram assinadas pelos Professores José Fernando Simão e Maurício Bunazar.

Ao final, muitos foram os vetos realizados pelo Sr. Presidente da República, Jair Bolsonaro, após ouvir os seus respectivos Ministérios, o que acabou por esvaziar a concretude da nova lei, especialmente no âmbito dos contratos. Houve também um grande atraso na sua votação na Câmara dos Deputados, o que prejudicou o seu caráter emergencial, pois quando da sua sanção já estamos, aparentemente, superando a primeira onda da pandemia em muitos locais do País.

Sobre o Direito de Família e das Sucessões, as duas regras que estavam no Projeto de Lei n. 1.179/2020 foram totalmente mantidas, sem

* Pós-Doutorando e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor Titular permanente e coordenador do mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD).

qualquer modificação ou veto. São os arts. 15 e 16 da Lei n. 14.010/2020, o primeiro sobre alimentos e o segundo sobre a abertura e encerramento dos inventários.

Pois bem, a primeira norma dispõe que, até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º, do CPC/2015, deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, e não mais em regime fechado, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

Esse art. 15 da Lei n. 14.010/2020 segue o texto constante da Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que em seu art. 6º orienta os magistrados com competência cível que "considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus". No mesmo sentido, aliás, já vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, desde o início da crise pandêmica, como se retira dos seguintes acórdãos, das suas duas Turmas de Direito Privado:

> "*HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR PRISÃO DOMICILIAR. SUPERAÇÃO DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA N. 691/STF. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. PANDEMIA DO CORONOVÍRUS (COVID 19). SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A AUTORIZAR A CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL. 1. Controvérsia em torno da regularidade da prisão civil do devedor inadimplemente de prestação alimentícia, bem como acerca da forma de seu cumprimento no momento da pandemia pelo coronavírus (Covid 19). 2. Possibilidade de superação do óbice previsto na Súmula n. 691 do STF, em casos de flagrante ilegalidade ou quando indispensável para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, o que não ocorre no caso dos autos. 3. Considerando a gravidade do atual momento, em face da pandemia provocada pelo coronavírus (Covid-19), a exigir medidas para contenção

do contágio, foi deferida parcialmente a liminar para assegurar ao paciente, o direito à prisão domiciliar, em atenção à Recomendação CNJ n. 62/2020. 4. Esta Terceira Turma do STJ, porém, recentemente, analisando pela primeira vez a questão em colegiado, concluiu que a melhor alternativa, no momento, é apenas a suspensão da execução das prisões civis por dívidas alimentares durante o período da pandemia, cujas condições serão estipuladas na origem pelos juízos da execução da prisão civil, inclusive com relação à duração, levando em conta as determinações do Governo Federal e dos Estados quanto à decretação do fim da pandemia (HC n. 574.495/SP). 5. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA" (STJ, HC 580.261/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020).

"*HABEAS CORPUS*. OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA. INADIMPLEMENTO PRISÃO CIVIL. DECRETAÇÃO. PANDEMIA. SÚMULA N. 309/STJ. ART. 528, § 7º, DO CPC/2015. PRISÃO CIVIL. PANDEMIA (COVID-19). SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. POSSIBILIDADE. DIFERIMENTO. PROVISORIEDADE. 1. Em virtude da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19), admite-se, excepcionalmente, a suspensão da prisão dos devedores por dívida alimentícia em regime fechado. 2. Hipótese emergencial de saúde pública que autoriza provisoriamente o diferimento da execução da obrigação cível enquanto pendente a pandemia. 3. Ordem concedida" (STJ, HC 574.495/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020).

"*HABEAS CORPUS*. FAMÍLIA. PRISÃO CIVIL. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM FAVOR DE EX-CÔNJUGE. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO ATUAL (SÚMULA 390/STJ). SITUAÇÃO FINANCEIRA DO DEVEDOR. INCURSÃO PROBATÓRIA INVIÁVEL EM SEDE DE RITO SUMÁRIO. PACIENTE IDOSO E CONVALESCENTE DE DOENÇA GRAVE. SITUAÇÃO OBJETIVA. PANDEMIA DO COVID-19. RISCO DE CONTÁGIO. CABIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. No caso em exame, a execução de alimentos refere-se a débito atual, não estando demonstrada pelas provas pré-constituídas a

> efetiva ausência de rendimentos. A verificação da redução da capacidade econômica do alimentante e a revisão das justificativas apresentadas para o inadimplemento da obrigação demandam dilação probatória, inviável em sede de *Habeas Corpus.* 2. Diante do iminente risco de contágio pelo Covid-19, bem como em razão dos esforços expendidos pelas autoridades públicas em reduzir o avanço da pandemia, é recomendável o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar em regime diverso do fechado em estabelecimento estatal. 3. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para que o paciente, devedor de alimentos, possa cumprir a prisão civil em regime domiciliar" (STJ, HC 563.444/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 08/05/2020).

De todo modo, como se pode retirar da parte final do art. 15 da Lei n. 14.010/2020 e também dos julgados, o afastamento da prisão civil em regime fechado no presente momento não afasta a viabilidade de cobrança posterior da dívida em aberto. Merece ser destaque, ainda, o último acórdão, ao afastar a prisão do devedor idoso, o que já vinha sendo aplicando mesmo antes do surgimento da Covid-19.

Acrescente-se ainda decisão do próprio STJ que afastou a prisão civil do devedor de alimentos compensatórios – aqueles que visam apenas a reequilibrar o equilíbrio econômico-financeiro após o fim do casamento ou da união estável –, em tempos de pandemia. Como constou do trecho final da ementa:

> (...) na hipótese dos autos, a obrigação alimentícia foi fixada, visando indenizar a ex-esposa do recorrente pelos frutos advindos do patrimônio comum do casal, que se encontra sob a administração do ora recorrente, bem como a fim de manter o padrão de vida da alimentanda, revelando-se ilegal a prisão do recorrente/alimentante, a demandar a suspensão do decreto prisional, enquanto perdurar essa crise proveniente da pandemia causada por Covid-19, sem prejuízo de nova análise da ordem de prisão, de forma definitiva, oportunamente, após restaurada a situação normalidade" (STJ, RHC

> 117.996/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020).

Na verdade, o próprio Tribunal já vinha entendendo que não cabe a prisão civil em casos tais, presentes esses alimentos.

Sobre o Direito das Sucessões, o art. 16 da Lei n. 14.010/2020 trata da suspensão dos prazos para a instauração e o encerramento dos processos de inventário e da partilha, previstos no art. 611 do CPC/2015. Para as sucessões abertas a partir de 1º de fevereiro de 2020, o termo inicial para a instauração será o dia 30 de outubro de 2020, e não mais dois meses da abertura da sucessão, como consta da norma processual. Além disso, está previsto no comando que o prazo de doze meses para que seja ultimado o processo de inventário e a partilha, caso iniciado antes de 1º de fevereiro de 2020, ficará suspenso a partir da entrada em vigor da lei – 12 de junho de 2020, quando foi publicada –, até a citada data de 30 de outubro.

Como se sabe, as sanções para o descumprimento dessa norma processual dizem respeito à possibilidade de cada Estado da Federação ou o Distrito Federal instituir uma multa pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário, não havendo qualquer inconstitucionalidade nessa instituição, conforme consta da Súmula 542 do Supremo Tribunal Federal.

No caso de São Paulo, por exemplo, o tema está tratado pela Lei Estadual n. 10.750/2000, no seu art. 21, inc. I, que prevê uma multa de 10% a 20%, calculada sobre o ITCMD, a última se houver um atraso superior a 180 dias no seu requerimento. No Rio de Janeiro, o art. 37, inc. V, da Lei Estadual n. 7.174/2015 também prevê uma multa de 10% sobre o imposto, cobrada em dobro quando constatada a infração no curso de um procedimento fiscal. Outras unidades da Federação, como Santa Catarina e o Distrito Federal, preveem multas fixas de 20% sobre o ITCMD, nas Leis n. 13.136/2004 e 5.452/2015, respectivamente.

Rodrigo Reis Mazzei e Deborah Azevedo Freire entendem que todas essas multas fiscais foram afastadas pelo artigo da nova lei emergencial, eis que:

> (...) como é a lei federal que trata do prazo de instauração do inventário *causa mortis*, os diplomas estaduais e o distrital estão atrelados a tal comando, somente podendo aplicar a multa se não for descumprido o preceito que emana da legislação produzida pela União Federal, em respeito ao art. 22, I, da CF/88. Em suma, somente a União Federal pode regular Direito Civil e Direito Processual Civil, sendo o prazo para a instauração do inventário *causa mortis* assunto íntimo à competência prevista no art. 22, I, do Diploma Constitucional. O fato faz com que, inclusive, não seja incomum que a legislação local traga menção à aplicação de legislação federal em relação ao prazo para a instauração do inventário *causa mortis* (MAZZEI, Rodrigo Reis; FREIRE, Deborah Azevedo, 2020).[1]

Sendo assim, concluem que a suspensão dos prazos do art. 611 do CPC/2015 pela Lei n. 14.010/2020 afasta essas multas fiscais: "isso, porque como os ditames do citado dispositivo do CPC estão afetados pelo art. 19 do RJET, caso se obedeça à normatização transitória não há conduta contrária à legislação que permita a imposição de qualquer multa, inclusive de natureza fiscal".[2]

---

[1] MAZZEI, Rodrigo Reis; FREIRE, Deborah Azevedo. A instauração do inventário *causa mortis.* Breves (mas não óbvias) anotações a partir do regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). *Revista Nacional de Direito de Família e das Sucessões*, n. 35, Porto Alegre: Magister, mar./abr. 2020. p. 23.

[2] MAZZEI, Rodrigo Reis; FREIRE, Deborah Azevedo. A instauração do inventário *causa mortis*. Breves (mas não óbvias) anotações a partir do regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). *Revista Nacional de Direito de Família e das Sucessões*, n. 35, Porto Alegre: Magister, mar./abr. 2020. p. 23. Anote-se que os autores

Todavia, a questão não é pacífica. José Fernando Simão - em artigo ainda inédito, escrito em coautoria comigo e com Maurício Bunazar -, sustenta que essa conclusão não vale para o Estado de São Paulo, citando os últimos autores e rebatendo os seus argumentos. Vejamos as suas palavras:

> "Curiosa é a conclusão, em meu sentir, equivocada, sobre a legislação tributária do Estado de São Paulo. Afirmam os autores que: 'Em São Paulo, por exemplo, o art. 21, I, da Lei nº 10.705/2000, prevê que se o inventário (ou arrolamento) não for requerido dentro do prazo fixado pela legislação federal, o ITCMD será calculado com acréscimo de multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor do imposto, mas se o atraso exceder a 180 (cento e oitenta) dias, a multa será de 20% (vinte por cento).
> Com a devida vênia, a lei estadual de São Paulo não diz isso. O artigo 21 deve ser lido conjuntamente com o artigo 17. Seguindo máxima de Jean Portalis, um dos autores do Code Napoleón, uma lei não se interpreta por leitura de um artigo isoladamente, mas sim, um artigo pelo outro. E o artigo 17 da Lei 10.705 de 2000 assim determina:
> 'Artigo 17 - Na transmissão 'causa mortis', o imposto será pago até o prazo de 30 (trinta) dias após a decisão homologatória do cálculo ou do despacho que determinar seu pagamento, observado o disposto no artigo 15 desta lei. § 1º - O prazo de recolhimento do imposto não poderá ser superior a 180 (cento e oitenta) dias da abertura da sucessão, sob pena de sujeitar-se o débito à taxa de juros prevista no artigo 20, acrescido das penalidades cabíveis, ressalvado, por motivo justo, o caso de dilação desse prazo pela autoridade judicial'.
> Há prazo limite para recolhimento do tributo expresso e que, como se sabe, o prazo da lei especial (para

---

comentaram o art. 19 do então Projeto n. 1.179/2020, que hoje equivale ao art. 16 da Lei n. 14.010/2020.

recolhimento do tributo), ao não mencionar a abertura do inventário, não se suspende pela lei especial. Aliás, a interpretação em sentido contrário ignora um fato: o tributo pode ser recolhido, mesmo se inventário não houver. Uma tabela ajuda na compreensão da questão. (...). Em conclusão, a data da abertura do inventário, para fins da lei paulista, é irrelevante, pois o ITCMD deve ser recolhido em 180 dias da abertura da sucessão, da morte, sem qualquer relação com o prazo de 2 meses do artigo 611 agora 'dilatado' pelo RJET.

Para o caso de São Paulo, o RJET é inócuo caso o recolhimento do ITCMD não ocorra no prazo máximo de 180 dias contados da morte: haverá multa de 20%. Vamos agora explicar, então, o texto do artigo 21, I da lei paulista, compilado por Rodrigo Mazzei e Deborah Azevedo Freire: 'I - no inventário e arrolamento que não for requerido dentro do prazo de 60 (sessenta) dias da abertura da sucessão, o imposto será calculado com acréscimo de multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor do imposto; se o atraso exceder a 180 (cento e oitenta) dias, a multa será de 20% (vinte por cento)'.

Se o inventário não for requerido em 60 dias da abertura da sucessão (o que não corresponde aos dois meses do art. 611 do CPC, pois prazo que se conta em dia difere de prazo que se conta em meses), mas o tributo for recolhido nesse prazo, multa não há. Se o inventário for requerido nesse prazo e o tributo não for recolhido, multa haverá de 10%, salvo dilação desse prazo pela autoridade judicial (art. 17 da lei 10.705/2000). Essa é a interpretação sistemática da lei paulista. Não por fatias, mas um artigo lido pelo outro. O artigo 17 é chave de interpretação do artigo 21" (SIMÃO, José Fernando)[3].

---

[3] SIMÃO, José Fernando. *Comentários ao que sobrou da Lei n. 14.010/2020, que cria um sistema emergencial de Direito Privado em Tempos de pandemia.* No prelo.

De fato, essa é uma questão tormentosa, que deve atingir o Poder Judiciário, havendo fortes argumentos nas duas teses levantadas. *A priori*, estou filiado às primeiras lições, diante da competência da União Federal para tratar de temas atinentes ao Direito das Sucessões, correlato ao Direito Civil e Processual Civil. Ademais, a *lei emergencial* de 2020 parece ser mais específica do que as normas estaduais, como se o seu próprio nome demonstra. Além disso, vale lembrar que o fim social da norma emergencial – nos termos do art. 5º da LINDB –, foi justamente o de suspender esses prazos processuais e, como consequências, as multas fiscais. Sendo assim, concluir o contrário esvaziaria sobremaneira a nova regra. De toda sorte, reitero a minha percepção que o debate exposto existirá no futuro, com interesses conflitantes de contribuintes e do Fisco Estadual. Veremos como a jurisprudência brasileira se comportará no futuro.

O DIREITO OFERECE FERRAMENTAS PARA DELINEAR UM NOVO EQUILÍBRIO AO TRINÔMIO ALIMENTAR DA "NECESSIDADE X POSSIBILIDADE X ADEQUAÇÃO"?

Mário Luiz Delgado*

Vivemos em 2020 um período de desestruturação da vida cotidiana, a registrar um grande volume de falências, não apenas de empresas, mas de muitas famílias, especialmente os casais conjugais, formados a partir do casamento e da união estável, cujos componentes, em claustração conjunta e forçada, se despem dos momentos de individualização e autonomia que possibilitam a harmonia da convivência conjugal. Fala-se em aumento do número de divórcios no período pós pandemia, sem contar o alarmante incremento dos índices de violência doméstica.

Na família conjugal, o vírus torna-se a terceira pessoa de toda relação, desencadeando uma necessidade de normatização preservativa da vida e das relações sociais, quer autóctone pelos próprios integrantes do núcleo familiar, quer externa, imposta pelas autoridades públicas.

No Direito de Família vemos claramente essa demanda regulatória quando se discute, por exemplo, a dificuldade do devedor em adimplir a obrigação alimentar diante das novas vicissitudes, impostas pela ordem pandêmica. Como pagar se a fonte de renda sofreu considerável redução?

Nesse cenário, algumas propostas legislativas foram apresentadas com o intuito de fornecer uma regulação jurídica para as novas (e catastróficas) realidades que emergiam da pandemia, com a aprovação, inclusive, de um Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações

* Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor Titular do programa de mestrado e doutorado da FADISP.

Jurídicas de Direito Privado (RJET), instituído pela Lei nº 14.010 de 2020. Na seara da fixação, revisão e execução dos alimentos, no entanto, as alterações legislativas foram bastante tímidas e limitaram-se a estabelecer que a prisão civil do devedor de alimentos, prevista no art. 528, § 3º e seguintes do CPC, só poderia ser cumprida na modalidade domiciliar.

A prisão civil do devedor de alimentos sempre foi a principal medida coercitiva contra a procrastinação do pagamento da verba alimentar. Com o estabelecimento da prisão domiciliar como única modalidade de prisão civil do devedor de alimentos, o regime de coercibilidade da obrigação alimentar foi flexibilizado, de modo que os devedores que sofreram os efeitos da crise econômica restaram, de certa forma, incentivados ao inadimplemento, sabedores de que não mais seriam recolhidos em estabelecimento prisional. Exatamente por isso, muitos juízes se negaram a decretar a prisão nesse período pandêmico, optando por aguardar o término da pandemia para, só então, determinar a prisão em regime de reclusão fechado. De fato, da forma como foi posta na Lei, não é interessante ao credor requerer a prisão em plena pandemia. Melhor seria aguardar e fazê-lo em momento posterior.

No que tange ao trinômio alimentar da "**necessidade x possibilidade x adequação**", trata-se de uma construção jurisprudencial que transformou radicalmente o antigo binômio da **necessidade x possibilidade**", notadamente no que se refere aos alimentos decorrentes da conjugalidade.

Em um passado não tão distante, ainda marcado por uma profunda assimetria entre os gêneros, os alimentos eram em regra fixados a favor da ex esposa ou da ex companheira e tinham o objetivo de manter o padrão social. O Código Civil Brasileiro, quando se refere aos alimentos entre cônjuges e companheiros (art. 1.694), ainda persiste em

afirmar que essa verba deve ser fixada de modo a permitir ao outro "*viver de modo compatível com a sua condição social*"[1].

Entretanto, esse cenário mudou radicalmente e os alimentos deixaram de ser analisados sob a ótica de assegurar à mulher o mesmo "conforto econômico" de que desfrutava enquanto casada ou convivente, mas, sim, sob uma perspectiva da sua inclusão no mercado de trabalho, visando, ao final, colocá-la em posição de igualdade frente ao homem. O Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ) passou a decidir, reiteradamente, pela exoneração da "*obrigação alimentar quando a alimentada for pessoa saudável, com condições de exercer sua profissão e tiver recebido a pensão alimentícia por tempo suficiente para que pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge*"[2]. Esse tipo de decisão resume a posição que tem prevalecido nos tribunais brasileiros, no sentido de que "*os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma*

---

[1] Cf. DELGADO, Mário Luiz. **Pensão alimentícia entre cônjuges é categoria em extinção**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/mario-delgado-pensao-alimenticia-entre-conjuges-extincao. Acesso em 30/06/2020.

[2] PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ALIMENTOS DEVIDOS AO EX-CÔNJUGE. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante. 3. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que a alimentada tem condições de exercer sua profissão e recebeu pensão alimentícia por um ano e seis meses, tempo esse suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro da ex-cônjuge. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1531920/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 11/04/2017).

potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante" [3].

Os precedentes refletem a evolução da obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros, ao longo dos últimos anos, dando ensejo à substituição do binômio tradicional **necessidade/possibilidade** pelo trinômio contemporâneo da **necessidade/possibilidade/adequação**, e que trouxe aos alimentos devidos entre ex-cônjuges e ex-companheiros o conceito de excepcionalidade, que repudia a anacrônica presunção de que aquele que recebe os alimentos possa permanecer inerte - quando tenha capacidade laboral, deixando ao outro a perene obrigação de sustentá-lo. Em outras palavras, não basta que o devedor tenha possibilidade de pagar e que o credor tenha necessidade de receber os alimentos. **É preciso investigar se o pagamento por longo tempo é também razoável e adequado.**

O dever de assistência material entre cônjuges e companheiros, previsto no Código Civil e que se converte em obrigação alimentar quando da dissolução do vínculo, não se presta como supedâneo de "aposentadoria" àquele que se mantém omisso e que não procura, por seu próprio esforço, obter os meios necessários à sobrevivência. Admitir-se o contrário, seria premiar o enriquecimento sem causa.

É certo que o fundamento jurídico da obrigação alimentar não se esgota na conjugalidade. Existe, ainda, o princípio da solidariedade,

---

[3] CIVIL E PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS DEVIDOS AO EX-CÔNJUGE. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Cinge-se a controvérsia a determinar se o recorrente deve ser exonerado da pensão paga a sua ex-cônjuge, desde a época da separação, ocorrida há quase dez anos, tendo em vista que a recorrida exerce já tinha formação profissional à época da separação. 2. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo certo, suficiente para, levando-se em conta as condições próprias do alimentado, permitir-lhe uma potencial inserção no mercado de trabalho em igualdade de condições com o alimentante. 3. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que a alimentada tem condições de exercer sua profissão, tem uma fonte de renda e recebeu pensão alimentícia por nove anos, tempo esse suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge. 4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1616889/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

previsto na Carta Magna, a justificar a permanência do dever de mútua assistência material mesmo após a dissolução do vínculo. Especialmente porque aqueles que vivenciaram a conjugalidade nunca serão dois desconhecidos e não podem se comportar como estranhos. Entre eles, com mais razão, é de se impingir a concretização do princípio da solidariedade. Porém, não ao ponto de se manter o dever de assistência material, de forma permanente, definitiva ou vitalícia, depois de rompida a convivência, de modo a que um ex cônjuge se torne eternamente devedor do outro, pouco importando o tempo decorrido desde o divórcio. Mesmo porque, a obrigação de sustento, decorrente do princípio da solidariedade, deve ser direcionada preferencialmente aos parentes, e entre eles, em primeiro lugar, aos filhos maiores e capazes, quando os houver, e não ao ex-cônjuge ou ao ex-companheiro, em relação aos quais já foram rompidos (ou desgastados) os laços de afetividade que poderiam justificar a continuidade da prestação de assistência material.

A jurisprudência consolidada no âmbito do STJ mostra-se, assim, consentânea com a nova realidade de isonomia entre os parceiros conjugais e aponta para um norte muito claro de extinção dos alimentos devidos entre ex-cônjuges e ex-companheiros, que só devem ser fixados em situações muito excepcionais, quando um deles encontra-se impossibilitado de trabalhar e, simultaneamente, não possua outra fonte de renda. Verificada tal situação, os alimentos podem ser expressamente fixados com lastro na incapacidade laboral permanente ou na impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. Mesmo nesses casos, a obrigação de sustento, decorrente do princípio da solidariedade, repita-se, deve ser direcionada preferencialmente aos parentes, com ênfase aos filhos maiores e capazes.

Entretanto, não se pode negar que esse novo momento da jurisprudência brasileira tem causado situações de perplexidade, como nos casos em que pessoas, há muitos anos em situação de dependência dos alimentos, são surpreendidas com a cessação do pagamento, sem qualquer

período de transição. Nem mesmo a idade de quem recebe os alimentos tem sido determinante para manutenção da obrigação alimentar.

Em um julgamento paradigmático, o STJ determinou a exoneração da obrigação alimentar que perdurava por mais de 18 (dezoito) anos, cuja alimentanda contava com 60 (sessenta) anos quando do julgamento do recurso[4]. Em outros casos, pessoas que se divorciam após décadas de convivência e estando, por idêntico período, fora do mercado de trabalho, recebem alimentos transitórios, limitados a períodos muito curtos, geralmente de um a dois anos, o que se mostra absolutamente insuficiente para uma apropriada reinserção no mercado, especialmente em um país com tamanhas distorções, como sói acontecer no Brasil. Em um outro caso, um Juiz havia fixado pensão alimentícia para a ex mulher no percentual de 10% sobre a remuneração do ex marido, pelo período de 3 (três) anos. Decorrido menos de um ano e meio, o STJ modificou a decisão do Juiz e decidiu que a ex mulher não deveria continuar a receber a verba alimentícia, por se tratar de "*pessoa*

[4] CIVIL E PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS DEVIDOS AO EX-CÔNJUGE. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. (...) 2. Cinge-se a controvérsia a determinar se o recorrente deve ser exonerado da pensão paga a sua ex-cônjuge, desde a época da separação, ocorrida há mais de 18 anos, tendo em vista que a recorrida encontra-se vivendo e trabalhando no exterior. (...) 5. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges não podem servir de fomento ao ócio ou ao enriquecimento sem causa. Por isso, quando fixados sem prazo determinado, a análise da pretensão do devedor de se exonerar da obrigação não se restringe à prova da alteração do binômio necessidade-possibilidade, mas deve agregar e ponderar outras circunstâncias, como a capacidade potencial do alimentado para o trabalho e o tempo decorrido entre o início da prestação alimentícia e a data do pedido de desoneração. 6. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que a alimentada está trabalhando, embora tenha afirmado que o valor recebido em contrapartida é insuficiente à própria manutenção, sendo, ademais, relevante o fato de que a obrigação de prestar alimentos, correspondentes a doze salários mínimos, subsiste há mais de dezoito anos, tempo esse suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge. 7. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1396957/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014).

aparentemente jovem, que não sofre de nenhum problema que a incapacite para o trabalho”.

A decisão aludida é coerente com a opção que vem sendo trilhada pelas Cortes Brasileiras, ao mesmo tempo em que reforça o receio de situações de injustiça, pois, muitas vezes, o tempo de transitoriedade dos alimentos não é suficiente o bastante para assegurar a tão sonhada inserção da mulher no mercado de trabalho, em igualdade de condições com o homem.

E daí o cerne da indagação que intitula este artigo da coletânea: o ordenamento jurídico atual ofereceria, *de lege lata*, ferramentas para delinear um novo equilíbrio ao trinômio alimentar, evitando esse tipo de injustiça?

Penso que sim. Da mesma forma que a criatividade do intérprete se prestou para alterar a interpretação dos valores do sistema, criando um terceiro vetor hermenêutico para a obrigação alimentar, transformando **o binômio em trinômio**, o mesmo deve ser feito agora, para se adequar a nova interpretação às circunstâncias supervenientes emergentes da pandemia.

Afinal de contas, na lógica da transitoriedade dos alimentos conjugais, qual o período de duração da prestação continuada mais adequado à capacitação do credor para prover a própria subsistência em um período de forte retração da economia? A grave crise econômica, já deflagrada, compromete o conteúdo da obrigação no tocante à adequação do lapso de duração? Em outras palavras: os alimentos fixados transitoriamente, por período certo e determinado, por decisão judicial ou acordo, anteriores à pandemia, poderão ser prorrogados, de modo a que se possa readequar o prazo, considerando a nova realidade? A resposta é um sonoro sim. E para isso, já dispomos, no próprio ordenamento jurídico, das ferramentas necessárias.

A começar pelo artigo 15 da Lei nº 5.478/68, segundo o qual “*a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação*

financeira dos interessados”. Esse dispositivo está espelhado na disposição codificada do artigo 1.699 do CCB, a prever que, “*se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo*”.

Portanto, a necessidade de suspensão, prorrogação ou de continuidade de uma prestação alimentar transitória de trato sucessivo, diante do comprometimento da situação financeira do credor ou do devedor, agravado pela pandemia, pode perfeitamente ser analisada no âmbito de um pleito revisional, com vistas a se reequilibrar o trinômio da obrigação.

E o fundamento de direito material, a justificar a busca pelo reequilíbrio, pode também ser reforçado, no plano teórico, a partir das diversas teorias que lastreiam a revisão do negócio jurídico pela alteração de sua base, modificação superveniente das circunstâncias ou o advento de acontecimentos imprevistos e extraordinários. Demonstrada a mudança do quadro fático que motivou o *quantum* e o período de duração da obrigação, pode e deve ser determinada a readequação, a maior ou a menor, do número (e do valor) das prestações, procedendo-se à modificação do trinômio, notadamente no que tange ao vértice da adequação, de modo a que não seja violado o princípio da proporcionalidade.

Tenho reiteradamente repetido em outros escritos a minha crença no papel do jurista como construtor de um sistema normativo harmônico, em oposição ao descompromisso do legislador com a coerência lógica desse mesmo sistema, sustentando competir ao jurista, ou seja, àquele que vai elaborar os enunciados e as proposições jurídicas que nortearão o aplicador da norma, por meio de um processo de criação epistemológico, desemaranhar o cipoal legislativo, solucionando as eventuais antinomias, reais ou aparentes, suprindo lacunas e harmonizando o sistema, tendo por parâmetros, além da Constituição

Federal e da LINDB,[5] os diversos processos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico), que não se excluem, mas se complementam na busca do sentido e do alcance da norma.

Interpretando o ordenamento, com apoio nesses parâmetros, é possível a harmonização do sistema, com o aperfeiçoamento das disposições legais. Constitui regra tradicional da interpretação jurídica, como nos ensina Norberto Bobbio, que *"o sistema deve ser obtido com a menor desordem, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve acarretar prejuízo ao princípio de autoridade, segundo o qual as normas existem pelo único fato de terem sido estabelecidas".*[6]

Seguindo a linha de Bobbio, é possível atribuir ao trinômio alimentar interpretação mais adequada e justa, sem necessidade de alterações de ordem legislativa. Mesmo porque as modificações no âmbito de abrangência das disposições normativas não advêm apenas das modificações legislativas, mas também dos diversos processos de interpretação. O sistema jurídico está sempre em mutação. Muda na mesma proporção em que são alterados os valores que regem a sociedade. Quando os valores da sociedade mudam, o direito é alterado. E essa alteração se opera muitas vezes não por obra do legislador, mas do hermeneuta. Lembra Carlos Maximiliano, ícone da hermenêutica tradicional, que o intérprete, *"mostrando sempre o puro interesse de cumprir as disposições escritas, muda-lhes insensivelmente a essência, às vezes até malgrado seu, isto é, sem o desejar; e assim exerce, em*

---

[5] A LINDB faculta ao exegeta utilizar a eqüidade, analogia e os princípios gerais de direito para solucionar o caso concreto, sempre observando os fins sociais e as exigências do bem comum: "Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5.º na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

[6] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 104.

certa medida, função criadora: comunica espírito novo à lei".[7] O direito, à semelhança do vírus, atua como um organismo vivo, concebido à imagem e semelhança da sociedade que o produziu. E esse sistema vivo é diuturnamente construído e reconstruído por seus exegetas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**.10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

DELGADO, Mário Luiz. **Pensão alimentícia entre cônjuges é categoria em extinção**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/mario-delgado-pensao-alimenticia-entre-conjuges-extincao. Acesso em 30/06/2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

---

[7] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 278.

COMO FICA O EQUILÍBRIO DO TRINÔMIO ALIMENTAR COM A PANDEMIA?

Silvano José Gomes Flumignan[*]
Venceslau Tavares Costa Filho[*]

Tradicionalmente, diz-se que a fixação dos alimentos leva em consideração o binômio necessidade-possibilidade. Entretanto, é de se considerar na verdade três fatores para a fixação dos alimentos: necessidade-possibilidade-proporcionalidade. Assim, estamos diante de um trinômio.

Não se pode olvidar que os alimentos são fixados em vista da necessidade do credor da pensão alimentícia: "alimentos se concedem não *ad utilitatem,* ou *ad voluptatem*, mas *ad necessitatem*".[1]

Em relação aos filhos menores sob o alcance da autoridade parental, a prova da necessidade é absolutamente desnecessária, pois ela "independe de prova quando se tratar de filhos e outros parentes menores; neste caso é legalmente presumida".[2] Por outro lado, o advento da maioridade para os filhos do alimentante não se traduz de *per se* na extinção automática da obrigação alimentar pela cessação da presunção de necessidade, de modo que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no enunciado n. 358 de sua Súmula nesse sentido.

Isto porque a exoneração automática do alimentante pelo simples fato maioridade do alimentando atenta contra o devido processo legal, que exige o ajuizamento da ação revisional de alimentos a fim de

---

[*] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco. Advogado.
[*] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco. Advogado.

[1] MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil, vol. 2**: Direito de Família. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 443.

[2] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 350.

demonstrar a cessação da necessidade que justificava o pensionamento.[3] A maioridade, ademais, só se traduz na cessação da presunção de necessidade quanto aos filhos menores, mas esta necessidade pode ser provada por outros meios. Com a maioridade, os alimentos deixam de ser devidos "em face do poder familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco (art. 1.694 do CC/2002), em que se exige prova da necessidade do alimentando".[4] *In casu*, também decidiu o Superior Tribunal de Justiça que – com a cessação da menoridade -, passa a ser do alimentando o ônus de provar a necessidade de receber alimentos.

Além de fazer presumir a necessidade, a menoridade do alimentando também impõe ordinariamente o dever de prestar os alimentos em pecúnia. Quanto à forma de cumprimento da prestação de alimentos, entendemos que o Código Civil de 2002 instituiu regra geral em matéria de alimentos, alcançando os alimentos devidos tanto aos menores de idade como também aos que já alcançaram a maioridade, *verbis*:

> Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.
> Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.

Esta regra do art. 1.701 do Código Civil vigente corresponde à do art. 403 do Código Civil pretérito, que sofreu uma pequena modificação, como se pode vislumbrar da leitura do dispositivo abaixo:

> Art. 403 do CC1916. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe em casa, hospedagem e sustento.

---

[3] COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre a tutela do direito a alimentos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 10 (jan.-mar./2017). São Paulo: RT, p. 191-206.

[4] STJ - REsp 1198105 - RJ - 3ª T. - Relª Minª Nancy Andrighi - Julgado em 1º.09.2011.

> Parágrafo único. Compete, porém, ao juiz, se as circunstâncias exigirem, fixar a maneira da prestação devida.

Observa-se, contudo, que a Lei n. 5.478/1968 (Lei de Alimentos), que não foi revogada pelo Código Civil vigente em relação às suas disposições especiais, veicula regra específica em relação aos alimentos para os incapazes: "A prestação não-pecuniária estabelecida no artigo 403 do Código Civil só pode ser autorizada pelo juiz se a ela anuir o alimentando capaz".

Ao alimentando assiste o direito de pedir que o alimentante cumpra a obrigação de certa maneira, justificando porque a maneira pretendida por ele é a mais adequada. A disposição do art. 1.701 do Código Civil admite que o alimentante poderá pensionar o alimentando, ou fornecer-lhe moradia e sustento, sem excluir as contribuições necessárias para a educação quando se tratar de menor de idade.

Observe-se, pois, que a diferença entre a redação do art. 403 do Código Civil de 1916 e a do art. 1.701 do Código Civil de 2002 reside apenas na ressalva feita no *caput* do art. 1.701, quando prescreve que a prestação dos alimentos sob a forma de pensão, ou pelo fornecimento da moradia e do sustento ocorrerá sem prejuízo do dever de prestar o necessário à educação do alimentando enquanto durar a menoridade. Tal ressalva, à época do Código Civil de 1916, já era feita de *lege ferenda* por Pontes de Miranda: "A pessoa obrigada a suprir alimentos pode pensionar o alimentando, ou dar-lhe em casa hospedagem e sustento. Mas isso não a exime de dar-lhe roupa, medicamentos necessários, e de educar o alimentando, se é menor".[5]

Entretanto, parece-nos que a não prestação dos alimentos em pecúnia "só pode ser autorizada pelo juiz se a ela anuir o alimentando capaz" (art. 25, da Lei de Alimentos). A redação do dispositivo é no sentido de restringir a possibilidade de fixação dos alimentos *in natura* –

---

[5] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil, tomo XII**: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 282.

ou seja, apenas em relação ao alimentando plenamente capaz para os atos da vida civil, o que pode prejudicar a viabilidade da prestação de alimentos de outra maneira que não a do pensionamento. Sem dúvida, a regra geral impõe que "a pensão se resolva no pagamento de determinada importância em dinheiro, mensalmente, ficando estabelecido ainda o reajuste semestral ou anual dessa pensão".[6]

Assim, caso se verifique a fixação dos alimentos *in natura* (ex.: o alimentante se propõe a transferir para o alimentando a administração de um imóvel de sua titularidade alugado a terceiros, a fim de que ele possa perceber tais aluguéis), nada impede que o alimentando solicite a revisão para que sejam prestados em pecúnia, caso encontre dificuldades para a realização do seu crédito. Isto se dá em homenagem ao princípio da variabilidade, como reconhecido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> A variabilidade - Característica dos alimentos -, além de possibilitar a majoração, redução, ou mesmo exoneração da obrigação alimentar, também pode ser aplicada à fórmula para o cumprimento da obrigação que inclui a prestação de alimentos in natura, notadamente quando a alimentada aponta dificuldades para usufruir dessa fração dos alimentos (STJ, REsp nº 1.284.177/DF, rel. Minª. NANCY ANDRIGHI, j. em 4.10.2011).

Sob a égide do princípio da variabilidade, pode-se falar inclusive em uma cláusula geral de adequação da prestação alimentar. Observe-se, pois, que o CPC manda observar o disposto na legislação específica no que pertine à ação de alimentos, aplicando-se, no que couber, as suas disposições (art. 693, parágrafo único). Assim, permanecerão vigentes as disposições da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos). Entre elas, a cláusula geral de adequação da

---

[6] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Alimentos, divórcio, separação**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 50.

prestação alimentar inserta no art. 15[7] e no caput do art. 19[8] da Lei de Alimentos. Note-se que o art. 15 consagra a variabilidade dos alimentos, e o art. 19 permite que o juízo faça uso de "todas as providências necessárias" para a efetivação dos alimentos. A adequação a que referimos diz respeito à utilização de instrumentos adequados à efetivação dos interesses em jogo. Assim, a decretação da prisão civil do devedor de alimentos pode observar esta cláusula geral de adequação, quando o juízo – como permite o CPC – determine o cumprimento no regime semiaberto, admitindo que o alimentante possa continuar exercendo as atividades profissionais que proporcionarão os meios que o permitirão adimplir com a obrigação alimentar.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal já reviu decisão que fixava alimentos em pecúnia, ao verificar que – apesar da separação judicial – os genitores permaneceram residindo com os filhos na mesma residência. Destarte, como o pai continuou a fornecer os alimentos *in natura* aos filhos como sempre procedeu durante o casamento, não há porque estipular alimentos *in pecúnia*, ante a inocorrência de mudança da situação de fato e de direito das partes (TJDFT – AC 20090110954176 – 1ª T. Cív. – Rel. Des. Lécio Resende – DJ 16.11.2010).

Já em relação à possibilidade, pondera Pontes de Miranda que a questão pertine à possibilidade de o alimentante fornecer os alimentos, mas sem que isto resulte na privação dos meios de que necessita para o seu sustento. Contudo, "convém notar que não se trata de recursos que

---

[7] Art. 15. A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados.

[8] Art. 19. O juiz, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

se requeiram para as despesas da lide e de representação, mas os estritamente necessários à mantença da vida”.[9]

Some-se a isto o fato de que devem ser observados certos critérios na fixação da verba alimentar. No que respeita aos filhos, “o cálculo considera os custos médios, segundo sua condição social, de sustento, educação, lazer, quando não se tem como provar o que efetivamente despendiam os pais com eles, quando conviviam. As condições sociais são determinadas pelas condições financeiras dos pais; assim, filhos de pais abastados são favorecidos pelo custo de vida destes, mas isso não significa que a necessidade do filho alimentando aumente ilimitadamente com a melhoria de rendas do genitor alimentante”.[10]

Mesmo entre ex-cônjuges, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o estilo de vida do casal durante a união será considerado:

> o fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/2002, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o status usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível (STJ – REsp 1025769/MG – (2008/0017342-0) – 3ª T. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJe 01.09.2010).

A partir da avaliação da situação específica do alimentando, o juízo inclusive poderá ponderar sobre a utilização da técnica dos chamados alimentos transitórios. Neste caso, estamos diante de alimentos fixados a tempo certo, para pessoa em faixa etária, condições, escolaridade e habilitação adequadas a uma possível inserção no mundo do trabalho, “necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do

---

[9] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil, tomo XII**: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
[10] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360.

alimentante – outrora provedor do lar – , que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente" (STJ – REsp 1025769/MG – (2008/0017342-0) – 3ª T. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJe 01.09.2010).

O CPC, inclusive, contempla tal modalidade de alimentos, quando estabelece que o juízo poderá fazer constar no ofício dirigido à autoridade, empresa ou ao empregador do alimentante - que procederá com os descontos em folha de pagamento da quantia devida a título de prestação alimentícia -, "o tempo de sua duração" (art. 529, § 2º).

Quanto ao requisito da proporcionalidade na fixação dos alimentos, colhe-se da melhor doutrina que, normalmente, entende-se que o *quantum* a ser fixado a título de alimentos deve corresponder ao equivalente a um terço dos vencimentos do assalariado. Apesar de razoável, é de se considerar tal formulação enquanto proposição geral e abstrata, pelo que deve ser confrontada com os casos concretos, em relação aos quais não pode haver um rigor absoluto na fixação do *quantum debeatur*. Ademais, "é também sustentável que os alimentos devem manter, ao menos em lapso temporal equidoso, o padrão de vida até então existente previamente à condenação.[11]

De acordo com o magistério de Paulo Luiz Netto Lôbo, incumbe ao magistrado averiguar – além da presença da verdadeira necessidade do titular, especialmente quando não mais existe a convivência familiar -, e da possibilidade de o devedor prestar os alimentos; se a quantia exigida é razoável, bem como o grau de razoabilidade do limite oposto a este. O requisito da proporcionalidade (ou razoabilidade) está refletido no texto legal, quando menciona a "na proporção das necessidades" . Deve-se ter em mente que a proporção a que se alude "não é mera operação matemática, pois tanto o credor

[11] FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 287.

quanto o devedor de alimentos devem ter assegurada a possibilidade de ‘viver de modo compatível com a sua condição social’”.[12]

Ainda em relação a obrigação alimentar, é necessário frisar que, em razão do princípio da subsidiariedade, o Estado deve ser impedido de assumir questões que os indivíduos ou comunidades menores (a exemplo da família) podem regular ou tratar com igual ou superior eficiência, de acordo com suas escolhas. Assim, caso os pais e demais familiares disponham de meios cabe a eles os sustentos dos filhos e dos maiores com deficiência; o que é reforçado pelo princípio da paternidade responsável, que tem sede constitucional.

Contudo, certas medidas adotadas em razão da situação de emergência de saúde pública relacionada ao coronavírus (Covid-19) podem impedir ou dificultar a adoção de providências contra os devedores de alimentos. Daí porque pensamos que seria recomendável a implementação de uma reforma em nosso direito, por iniciativa do poder legislativo, a fim de introduzir providências com resultados similares ao do instituto francês da *Allocation Familiale.*

Na França, a Lei de 22 de dezembro de 1984 atribuiu a uma espécie de Fundo Governamental de Assistência às Famílias (as chamadas *Caisses d’Allocations Familiales*) o ônus de suportar a prestação dos alimentos aos menores em caso de não pagamento da pensão alimentícia por seus pais. Ocorre que tal lei também conferiu a este órgão uma subrogação em relação a tais créditos, de modo que se abre neste caso a possibilidade de recuperação judicial destes valores despendidos em relação aos devedores de alimentos que dispõem de meios para suportar o cumprimento da obrigação e se recusaram a fazê-lo. Pensamos que esta seria uma providência de caráter permanente, mas que reforça a sua necessidade em virtude da situação de emergência de saúde pública causada pelo coronavírus (Covid-19).

---

[12] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 351.

No ordenamento brasileiro, não se pode afastar o dever de pagar alimentos e nem mesmo de antemão se afirmar que existe alteração na equação “necessidade-possibilidade-proporcionalidade” pela ocorrência da pandemia. Assim, o alimentante, com base no advento da situação excepcional, não poderia se eximir de efetuar o pagamento da verba alimentar.

Inclusive, as medidas especiais de caráter executório previstas pela constituição e pelo CPC também não deixaram de ser aplicadas. Como se sabe, a prisão do devedor voluntário e inescusável de pensão alimentícia é a única possibilidade de responsabilidade pessoal por dívida, ainda que seja uma modalidade coercitiva.

O CPC, quando regulamenta a matéria, estabelece que a prisão como medida coercitiva será cumprida no regime fechado[13]. Com a pandemia, o cumprimento da prisão será domiciliar até 30 de outubro de 2020[14]. A medida de caráter temporária não afeta o trinômio de fixação dos alimentos, mas tão-somente a execução da medida coercitiva.

No que se refere à verificação de alteração de quaisquer dos elementos do trinômio da fixação dos alimentos, será preciso o ajuizamento

---

[13] Art. 528 do CPC. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. (...)
§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.
§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.
Art. 911 do CPC. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.
Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, os §§ 2º a 7º do art. 528.

[14] Art. 15 da Lei n. 14.010/2020. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

de ação revisional. O grande problema é que a súmula n. 621 do STJ prevê que os efeitos da decisão judicial sobre eventual revisional ocorrerão a partir da citação[15]. O enunciado sumular teve como origem interpretativa o disposto no art. 13, §2º, da Lei n. 5.478/68 que estabelece que a fixação dos alimentos retroagem à citação[16].

A Lei n. 14.014/2020, no entanto, reconhece que a situação excepcional ocorre, pelo menos, desde 20 de março de 2020 independentemente da data do ajuizamento ou da citação[17]. Como se sabe, com a necessidade de isolamento social a economia foi severamente impactada e, em muitos casos, o elemento "possibilidade" pode ter sido severamente afetado. Contudo, ainda que se reconheça a situação excepcional relacionada à pandemia e que se estabeleça o termo inicial de aplicação de medidas excepcionais em 20 de março, a resposta dada pelo ordenamento brasileiro exige o ajuizamento da demanda revisional e os efeitos decisórios retroagirão à citação.

Essa previsão não leva em conta os obstáculos para a efetiva citação com a situação de pandemia e nem mesmo observa que o alimentado, com essa dificuldade, pode receber um benefício não previsto

---

[15] Súmula n. 621 do STJ. Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

[16] Art. 13 da Lei n. 5.478/68. O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.

§ 1º. Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado.

§ 2º. Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação.

[17] Art. 1º da Lei n. 14.010/2020. Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19).

pelo enunciado, representado pelo eventual retardamento no provimento jurisdicional por restrições operacionais no período da pandemia.

Uma medida para amenizar as consequências da previsão sumular pode ser o requerimento de tutela provisória de urgência. No entanto, essa hipótese também não será suficiente para superar as dificuldades de cumprimento de atos de citação pelo Poder Judiciário no período.

Outro fator relevante não enfrentado pelo ordenamento brasileiro no que se refere ao elemento "possibilidade" diz respeito à eventual diminuição temporária da renda. Nesse ponto, o Judiciário que se deparar com requerimento de revisão de pensão alimentícia deve observar que as alterações podem não ser permanentes, mas temporárias. Nesse caso, é possível imaginar que as decisões revisionais estabeleçam também um termo final caso se restabeleça o padrão de renda.

Para essas hipóteses, é preciso que se verifiquem as circunstâncias concretas relacionadas ao alimentante não sendo possível utilizar de maneira neutra o termo final da lei de caráter temporário.

Como se vê, a solução sumular não é suficiente para o enfrentamento da pandemia. Ela não atenta às dificuldades operacionais do Judiciário em época de pandemia. Não se pode falar também que as medidas temporárias foram suficientes para solucionar a questão já que a única preocupação da Lei n. 14.010/2020 foi o regime prisional por descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia, não havendo qualquer disposição sobre o trinômio de fixação da pensão.

REFERÊNCIAS

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre a tutela do direito a alimentos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 10 (jan.-mar./2017). São Paulo: RT, p. 191-206.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil, tomo XII**: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil, vol. 2**: Direito de Família. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Alimentos, divórcio, separação**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987.

É POSSÍVEL SE FALAR EM NOVAS BALIZAS PARA BUSCAR A EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS DURANTE E APÓS A PANDEMIA?

João Ricardo Brandão Aguirre*

Ao testemunhar o afluxo de litígios envolvendo as questões de família nestes tristes tempos da pandemia, fui levado à reflexão e acabei por rememorar a célebre passagem da obra de Machado de Assis, em que Quincas Borba transmite ao amigo Rubião a essência de sua doutrina filosófica, o humanitismo:

> Supõe tu um campo de batatas e duas tribos famintas. As batatas apenas chegam para alimentar uma das tribos que assim adquire forças para transpor a montanha e ir à outra vertente, onde há batatas em abundância; mas, se as duas tribos dividirem em paz as batatas do campo, não chegam a nutrir-se suficientemente e morrem de inanição. A paz nesse caso, é a destruição; a guerra é a conservação. Uma das tribos extermina a outra e recolhe os despojos. Daí a alegria da vitória, os hinos, aclamações, recompensas públicas e todos os demais feitos das ações bélicas. Se a guerra não fosse isso, tais demonstrações não chegariam a dar-se, pelo motivo real de que o homem só comemora e ama o que lhe é aprazível ou vantajoso, e pelo motivo racional de que nenhuma pessoa canoniza uma ação que virtualmente a destrói. Ao vencido, ódio ou compaixão; ao vencedor, as batatas.

O notável excerto da grande obra do bruxo do Cosme Velho, remete à significativa parcela de ações revisionais de alimentos ajuizadas nesse período de forçoso confinamento, em que os litigantes travam

* Pós-doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da PUC-SP.

verdadeiras batalhas visando, muitas vezes, o assolamento da parte contrária, para que, ao final, em regozijo, possa aclamar a sua vitória e colher os seus despojos: batatas.

Nesta alegoria, intentamos trazer luzes para à necessária busca de soluções pautadas pela solidariedade e cooperação, durante esse árduo momento em que somos, todos, assolados por um vírus letal, em realidade jamais imaginada. Será mesmo que não existem soluções alternativas que permitam à manutenção da dignidade de todos os envolvidos nos litígios familiares? Ou a resposta consistirá apenas no forçoso aniquilamento da outra parte?

As dúvidas aqui lançadas se justificam no fato de que, muito antes de intentarem uma solução amigável e consentânea com a tutela dos interesses de todos os envolvidos, diversos atores dessa tragédia recorrem, em frêmito, ao Judiciário, em busca de tutelas de urgência ou liminares que resolvam a sua situação de forma unilateral e em cognição sumária, sem atentar para o fato de que a outra parte também está a sofrer os mesmos danosos efeitos de um vírus absolutamente democrático.

Em época tão incomum e grave, em que deveria sobressair a solidariedade, objetivo da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, I), falta, infelizmente, para muitos, a serenidade para compreender que as vicissitudes não recaem apenas sobre si, mas são generalizadas, o que impõe o trato colaborativo e humano e a procura por soluções alternativas, capazes de permitir a superação desse vultoso obstáculo.

Por essas razões, o presente artigo tem por escopo fornecer uma singela contribuição para a construção de balizas capazes de permitir a consolidação de uma coesa solução dos conflitos atinentes aos alimentos nos tempos de pandemia, que tutele os interesses do alimentado, mas não descure da dignidade do alimentante.

Sob o generalizado argumento acerca da redução da capacidade econômica da população em geral, em razão dos danosos reflexos decorrentes da pandemia, muitas decisões judiciais têm sido prolatadas, em caráter de urgência e cognição sumária, deferindo redução substancial no

pagamento da pensão alimentícia devida pelo autor da ação revisional, sem conceder a oportunidade de defesa ao alimentado ou ao seu representante, em prejuízo daquele que é merecedor de tutela diferenciada, posto encontrar-se em situação de hipossuficiência.

A crítica à essas açodadas decisões têm fundamento, em primeiro lugar, em razão do equívoco acerca da presunção de queda generalizada da renda da população. Evidentemente não se ignora o fato de que a crise econômica de larga escala, possui como efeitos deletérios a diminuição das receitas e do poder econômico da maioria expressiva da população brasileira.

Porém, também é inconteste o fato de que alguns setores específicos acabaram por lucrar com a pandemia, como é o caso, *v.g.*, dos produtores de álcool gel, dos profissionais que trabalham com tecnologia de informações, das farmácias e de alguns mercados. Esses exemplos sevem para demonstrar que as tutelas de urgência de natureza antecipada em ações revisionais de alimentos não podem ser fundamentadas apenas na genérica argumentação acerca da notoriedade da crise econômica e em uma presumida redução da renda de todos os brasileiros.

Por outro lado, é importante ressaltar que, mesmo nos casos em que o alimentante tenha sido demitido em razão da consequente redução dos postos de trabalho, decorrente da pandemia, é possível que tenha recebido verbas rescisórias consideráveis, além de possível incremento representado pela liberação do saldo existente no FGTS.

O leitor mais desinquieto poderá chegar a equivocada conclusão de que esse autor ignora os ruinosos impactos da pandemia na já frágil economia brasileira. Por óbvio que as danosas consequências dessa crise mundial não são ignoradas neste ensaio, apenas se sustenta que decisões que possuem tamanho impacto como aquelas proferidas em ações revisionais de alimentos, cujo fundamento reside na tutela de direitos fundamentais, como a vida, a saúde e a dignidade do alimentado, não podem ser tomadas sob a genérica premissa de que, em razão da crise atingir a todos, justifica-se a a redução da pensão alimentícia devida pelo

requerente, de liminarmente, e sem uma análise mais aprofundada de toda a relação jurídica.

Isso porque, como a crise atinge a grande parte da população brasileira, é muito provável que tenha afetado, também, o alimentado ou seu representante legal. Imagine-se, para aclaração, uma situação em que ambos os pais do alimentado tenham sido demitidos em razão da recessão desinente do COVID-19. Uma decisão proferida em cognição sumária autorizando a redução dos alimentos devidos pelo autor da demanda, em caráter liminar, sem ouvir a parte contrária, causará danos talvez irreversíveis ao alimentado ou ao seu representante. Com ambos os pais desempregados e um deles amparado por uma decisão judicial que autorizou significativa redução na pensão alimentícia devida, como fará o outro para suprir as necessidades básicas do alimentado?

Essa simples ilação confirma a necessidade de cautela na concessão de liminares autorizando a redução significativa do valor de pensões alimentícias, para que não se deixe ao total desabrigo o alimentado e, também, para que não se imponham ônus demasiadamente pesados ao seu representante.

A prudência exigida nesses difíceis tempos, demanda a necessária oitiva da outra parte, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, deixando-se as liminares e tutelas de urgência para as situações que lhe dão fundamento: os casos verdadeiramente excepcionais.

Por outro lado, cabe às partes, seus procuradores e ao Judiciário o envidamento de esforços para a solução desses conflitos de forma a melhor tutelar os interesses de todos os envolvidos.

Uma sugestão dada por esse autor, desde o início dessa pandemia seria a de fazer com que o regime de convivência geralmente estabelecido para as férias escolares, fosse aplicado no período de confinamento, com a divisão proporcional dos dias de convívio com cada um dos pais, hipótese em que grande parte dos alimentos seriam pagos *in natura* pelo genitor que estivesse com os filhos em uma determinada quinzena ou semana.

Com essa proposta, diminui-se o risco de contágio decorrente de constantes deslocamentos dos filhos menores para a casa de seus respectivos pais, compartilham-se responsabilidades de forma equilibrada, posto que ambos terão que dar conta das tarefas e afazeres diuturnos da prole, em igualdade de condições, além de se buscar uma solução equitativa para a questão dos alimentos.

Enfim, é forçoso concluir que a redução da remuneração de ambos os pais acarretará a diminuição de sua condição social, o que não autoriza o devedor de alimentos a, simplesmente, deixar de cumprir com a sua obrigação, eis que indispensável para prover a subsistência do alimentado. Da mesma forma, ao representante do credor de alimentos deve haver bom-senso para receber o pleito de redução do pagamento da pensão, nesse momento tão complexo, e evitar o litígio, buscando compreender as dificuldades enfrentadas pelo alimentante, a fim de alcançar soluções que melhor respondam a todos os interesses envolvidos.

Neste contexto de busca por respostas que atentem para a tutela dos interesses do alimentado, mas que não descurem da dignidade do alimentando, há que se discutir a questão da prisão civil do devedor de alimentos e, também, da busca por meios efetivos da satisfação do crédito alimentar

No caótico sistema prisional brasileiro, em que seres humanos recebem tratamento absolutamente degradante, confinados em celas superlotadas e em condições sub-humanas, já não havia justificativa suficiente para que o devedor de alimentos fosse compelido a cumprir a pena em regime fechado em circunstâncias tão aviltantes.

Esse triste cenário fez-se ainda pior com a virulência do COVID-19 que encontra nos indecorosos estabelecimentos prisionais de nosso país o palco ideal para a récita de sua tragédia, que bem poderia ser definida pelo título de conhecida obra de Gabriel Garcia Marquez, a “crônica de uma morte anunciada”.

De fato, impor ao devedor de alimentos o cumprimento da prisão civil nas prisões desse Brasil, nos tempos atuais, será como selar o destino

do jovem Santiago Nasar, personagem principal da obra de Garcia Marquez, em que todos sabiam o seu fim, mas nada fizeram para evitá-lo.

O Poder Judiciário brasileiro atento aos efeitos da crise pandêmica e preocupado com a tutela da pessoa humana e de sua dignidade, mobilizou-se para evitar o desastre e, em diversas ações, cuidou da questão da prisão civil do devedor de alimentos. Nesta senda, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, recomendando "aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo".

Em seu artigo 6º a referida Recomendação nº62/20, assim dispõe:

> Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

No mesmo sentido, algumas decisões foram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça[1] e, posteriormente, promulgou-se a Lei 14.010, de 10 de junho de 2020, dispondo sobre "o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)", cujo art. 15 assim estabelece:

---

[1] STJ. **Ministro determina ao TJSP cumprimento imediato de liminar anteriormente deferida que garantiu prisão domiciliar a devedores de alimentos**. Notícias do STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-determina-ao-TJSP-cumprimento-imediato-de-liminar-que-garantiu-prisao-domiciliar-a-devedores-de-alimentos.aspx, consulta em 05 jul. 2020. STJ. **Por causa do coronavírus, ministra manda devedor de alimentos cumprir prisão domiciliar.** Notícias do STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Por-causa-do-coronavirus--ministra-manda-devedor-de-alimentos-cumprir-prisao-domiciliar.aspx, consulta em 05 jul. 2020.

> Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

Destarte, a prisão civil do devedor de alimentos, hoje, deve ser cumprida na modalidade domiciliar, em razão do Regime Jurídico Emergencial e Transitório trazido ao ordenamento pela Lei 14.010/20, o que trouxe a seguinte indagação: qual a coerção da prisão domiciliar em um momento em que todos estamos confinados forçosamente em razão da pandemia?

A dúvida apresenta todos os fundamentos, posto não se poder olvidar que a natureza jurídica da prisão civil do devedor de alimentos é coercitiva e não sancionatória. De fato, objetiva-se com o decreto prisional forçar o devedor inadimplente ao cumprimento de sua obrigação e não o punir. E aqueles que militam ativamente no Direito de Família tem a exata noção de que, muitas vezes, "o dinheiro da pensão alimentícia só aparece quando a prisão é decretada".

Qual a força coercitiva de uma prisão domiciliar quando de um confinamento obrigatório? A resposta, infelizmente, leva à ausência total de coerção e à perda da finalidade da prisão civil, criando situações espúrias como a de um conhecido devedor de alimentos que, antevendo um decreto prisional ao final da pandemia, fez o pedido para que fosse decretada a sua prisão domiciliar de forma antecipada, em verdadeiro escárnio e total afronta aos interesses do alimentado e desrespeito à dignidade da Justiça.

Convidado, por gentileza inequívoca do professor Rodrigo Xavier Leonardo, a participar das discussões do PL 1179/20, que acabou por ser convertido na Lei 14.010/20, esse autor teve a oportunidade de apresentar uma proposta - não foi acolhida-, no sentido de que a prisão domiciliar fosse cumprida após o período de pandemia, pois assim

manteria a sua força coercitiva e evitar-se-iam os danosos malefícios da prisão civil no caótico sistema prisional brasileiro.

Posteriormente, o próprio Superior Tribunal de Justiça acabou por decidir pela suspensão do decreto de prisão civil do devedor de alimentos, para que fosse cumprido em momento posterior à pandemia, sob o fundamento de que a prisão domiciliar nestes tempos não teria qualquer força coercitiva.

> HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR PRISÃO DOMICILIAR. SUPERAÇÃO DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA N.º 691/STF. RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 DO CNJ. PANDEMIA DO CORONOVÍRUS (COVID 19). SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A AUTORIZAR A CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL. 1. Controvérsia em torno da regularidade da prisão civil do devedor inadimplemento de prestação alimentícia, bem como acerca da forma de seu cumprimento no momento da pandemia pelo coronavírus (Covid 19). 2. Possibilidade de superação do óbice previsto na Súmula n.º 691 do STF, em casos de flagrante ilegalidade ou quando indispensável para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, o que não ocorre no caso dos autos. 3. Considerando a gravidade do atual momento, em face da pandemia provocada pelo coronavírus (Covid-19), a exigir medidas para contenção do contágio, foi deferida parcialmente a liminar para assegurar ao paciente, o direito à prisão domiciliar, em atenção à Recomendação CNJ nº 62/2020. 4. Esta Terceira Turma do STJ, porém, recentemente, analisando pela primeira vez a questão em colegiado, concluiu que a melhor alternativa, no momento, é apenas a suspensão da execução das prisões civis por dívidas alimentares durante o período da pandemia, cujas condições serão estipuladas na origem pelos juízos da execução da prisão civil, inclusive com relação à duração, levando em conta as determinações do Governo Federal e dos Estados quanto à decretação do fim da pandemia (HC n.º 574.495/SP). 5. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. (HC 580.261/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO

> SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020).[2]

Da leitura de referida ementa, bem como do inteiro teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível inferir que também no tribunal da cidadania existe a preocupação a perda da força coercitiva do decreto de prisão domiciliar em um momento em que todos somos forçados a permanecer confinados em nossos domicílios.

Com a suspensão do decreto prisional para o período pós-pandêmico mantém-se o seu poder de coerção, a fim de se compelir o devedor ao adimplemento de sua obrigação, logrando-se obter a satisfação do crédito alimentar e a tutela dos interesses do alimentado.

Outrossim, a prisão civil do devedor de alimentos após a pandemia poderá ser efetivada em regime domiciliar, com o monitoramento através de tornozeleira eletrônica ou outro dispositivo que garanta o seu efetivo cumprimento. Revendo antigos conceitos e sofrendo as angústias de um confinamento obrigatório, a prisão domiciliar do devedor de alimentos, pós COVID-19, terá força coercitiva, evitará as mazelas do sistema prisional brasileiro que não serão resolvidas com o levantamento do confinamento pelas autoridades, e, ainda, permitirá o exercício do trabalho por parte do alimentante, em

---

[2] No mesmo sentido: HABEAS CORPUS. OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA. INADIMPLEMENTO PRISÃO CIVIL.DECRETAÇÃO. PANDEMIA. SÚMULA Nº 309/STJ. ART. 528, § 7º, DO CPC/2015. PRISÃO CIVIL. PANDEMIA (COVID-19). SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. POSSIBILIDADE. DIFERIMENTO. PROVISORIEDADE. 1. Em virtude da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19), admite-se, excepcionalmente, a suspensão da prisão dos devedores por dívida alimentícia em regime fechado. 2. Hipótese emergencial de saúde pública que autoriza provisoriamente o diferimento da execução da obrigação cível enquanto pendente a pandemia. 3. Ordem concedida. (HC 574.495/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020).

regime de home-office, para que possa auferir recursos que garantam o pagamento da pensão alimentícia devida ao alimentado.

Como se vê, os enormes desafios trazidos pela pandemia do COVID-19 impõem à sociedade em geral e aos profissionais do direito, em particular, a busca por soluções que viabilizem o objetivo da República Federativa do Brasil, de construção de uma ordem jurídica justa e solidária.

Em momentos de gigantescas adversidades deve-se pensar na inclusão do outro, no trato solidário e colaborativo, na cooperação, compreensão e assunção de responsabilidades. Mormente no que se refere à tutela da família, *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes e, por essa razão, merecedor da especial proteção do Estado, faz-se imperioso o olhar atento para as vicissitudes decorrentes de uma crise sem precedentes e a busca por soluções que perpassem o *litigar por litigar*, com vistas à preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais insculpidos pelo ordem jurídica constitucional brasileira.

Neste sentido, o uso de ferramentas alternativas para forçar o devedor de alimentos ao cumprimento de suas obrigações deve ser a tônica neste momento, em virtude da ausência da coerção da prisão civil. O recurso às medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias de que trata o art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil, constitui instrumental essencial à satisfação do crédito alimentar.

Por conseguinte, cabe ao credor de alimentos postular pela adoção das medidas do inciso IV do art. 139, que levem à satisfação de seu crédito, tais como o bloqueio de todos os créditos eventualmente existentes em nome do executado; a intimação do devedor, para que informe nos autos quais são e onde estão os bens e/ou direitos de crédito que possui, sob pena da negativa ou omissão caracterizarem ato

atentatório à dignidade da Justiça (art. 772, II, CPC/2015); o bloqueio de seu passaporte; o protesto da decisão que determinou o pagamento dos alimentos; a penhora do limite do cheque especial, eis que se trata de crédito concedido ao alimente inadimplente, dentre outras.

Que saibamos procurar por outras saídas, capazes de desmentir o filósofo machadiano, no sentido de que as lides de família não devem significar uma vitória a qualquer custo, a implicar na ruína do outro. Partilhemos as poucas batatas nesses tempos de precisão, para que possamos nos fartar de sua abundância quando a tormenta passar.

NOVAS BALIZAS PARA BUSCAR A EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS DURANTE E APÓS A PANDEMIA

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima*

O presente artigo é fruto de pesquisa realizada por Fábia de Brito Lima, que integra o grupo de pesquisa "Mudanças na Ordem Civil", vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí.[1]

Dentre as iniciativas para o enfrentamento da pandemia surge, no âmbito das relações privadas, a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia (LRJET).

Inspirada na Lei *Failliot*, de 1918, da França, a LRJET tem origem no PL nº 1.179/2020 (PLRJET), de autoria do Senador Antônio Anastasia (PSDB/MG), a partir de projeto elaborado por comissão de juristas sob a coordenação do Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Jr. (USP) e do Ministro Antônio Carlos Ferreira (STJ), atendendo a iniciativa do Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli.[2]

---

* Doutor (*sobresaliente cum laude*) em Direito Civil pela Universidade de Salamanca, Espanha - USAL (2016). Grau de Salamanca (*sobresaliente cum laude*) em Direito Privado - USAL (2011). Diploma de Estudos Avançados em Direito Civil pela Universidade de Salamanca, Espanha - USAL (2011). Professor Adjunto de Direito Civil do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, Brasil. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Brasil. E-mail: efrencordao@ufpi.edu.br. ORCID ID https://orcid.org/0000-0002-0731-4796.

[1] Grupo de pesquisa formado em 2017, cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/251344), com apoio da CAPES.

[2] A respeito de o PLRJET inspirar-se na Lei *Failliot*, consultar, por todos, RODRIGUES JR., Otávio Luiz. "A célebre lei do deputado Failliot e a teoria da imprevisão". In **Revista ConJur**, de 2 abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-comparado-celebre-lei-deputado-failliot-teoria-imprevisao>. Acesso em: 24.jun.2020. De acordo com Otávio Luiz Rodrigues Jr., embora a Lei Faillot não tenha inagurado o reconhecimento legislativo

Nesse ponto, o Brasil, com a LRJET, situa-se ao lado de países como França, Itália e Espanha que entenderam pela edição de norma transitória a fim de emprestar segurança às relações jurídico-privadas nesse grave momento para a ordem civil.

A LRJET acolhe a "grande dicotomia" e, a partir do Direito Privado, aparta, na ordem civil, as relações paritárias das assimétricas, de modo a preservar, de um lado, a tradição do direito nacional e, de outro, os respectivos regimes jurídicos para os casos de superveniente alteração das regras do jogo com a partida em curso.

Especificamente sobre os efeitos da pandemia na questão alimentar, a LRJET, ao acolher orientação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabelece que a prisão civil por dívidas deverá ser cumprida em regime domiciliar.

No presente artigo serão analisados os principais instrumentos de efetividade da execução de alimentos em tempos de pandemia, com especial destaque para as medidas indiretas destinadas à satisfação do crédito do alimentado, a partir da premissa de que a LRJET, com acerto, propicia segurança jurídica ao direito nacional.

A escolha pela intervenção em certos aspectos da vida civil situa-se dentre outras duas possíveis soluções para os graves efeitos da decretação do estado de emergência em saúde. A primeira seria deixar ao talante de cada um a saída para superar eventuais conflitos oriundos de fatos nascidos antes ou no curso do estado de pandemia, com a lógica consequência de abarrotar o já exaurido sistema de justiça brasileiro. Uma outra opção seria a “importação” de novas medidas ao direito brasileiro, por meio de soluções adotadas por outros países. Nesse último caso, além de deixar para trás a experiência do direito nacional, igualmente implicaria

---

da teoria da imprevisão, "A lei francesa foi um símbolo histórico e jurídico do fim de uma era, justamente na pátria dos grandes civilistas do Código Napoleão e das mais sólidas tradições do liberalismo.". (V. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31).

numa enxurrada de novas ações judiciais, em decorrência da *crise gramschiana* advinda do encontro do *velho* com o *novo*.

Com acerto, pois, a escolha da comissão de juristas encarregada da elaboração do PLRJET, vez que não inova em nosso direito, apenas acolhe, em texto normativo transitório, a consolidada posição da doutrina e jurisprudência pátrias, com o escopo de trazer paz e segurança às relações jurídico-privadas.

Duas matérias comuns ao direito civil constam na parte inicial da LRJET. A primeira, que cuida da aplicação da lei no tempo; a outra, que trata dos casos prescrição e decadência. Sobre o primeiro aspecto, a data de vigência da LRJEJ coincide com a de sua publicação, muito embora a lei tenha fixado o dia 20 de março de 2020 - data da publicação do Decreto Legislativo Federal nº 6 -, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia no país. Com essa postura a LRJET vai ao encontro da garantia constitucional da irretroatividade da lei (Constituição da República, art. 5º, XXXVI). Sob o segundo aspecto, o art. 3º da LRJET estabelece que, a partir da entrada em vigor da lei e até 30 de outubro de 2020, os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos, de acordo com o caso, sem, contudo, sobrepor-se às hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais já previstas na parte geral do Código Civil (arts. 197 a 204), que devem prevalecer e continuar sendo aplicadas normalmente.

Seguindo a diretriz de preservar os espaços normativos da ordem civil, a LRJET resguarda a legislação especial de família e acolhe a recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto à prisão civil por dívida alimentícia. Conforme dispõe o art. 15 da LRJET, até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes do Código

de Processo Civil, deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo de exigir as respectivas obrigações.[3]

A recomendação do CNJ consta da resolução nº 62/2020, com o seguinte teor: - "Art. 6º Recomendar aos **magistrados com competência cível** que **considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia**, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.". (Destaques do original).

Com expressa referência à recomendação do CNJ, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (STJ), ao acolher *habeas corpus* impetrado pela defensoria pública do estado do Ceará, concedeu a medida liminar "para determinar o cumprimento das prisões civis por devedores de alimentos do estado do Ceará, excepcionalmente, em regime domiciliar.".[4] Em seguida, a defensoria pública da União obteve a extensão dos efeitos da liminar concedida restritivamente ao estado do Ceará, de modo a colocar todos os presos por débito alimentar do país em regime de prisão domiciliar.[5]

Uma outra variante à prisão domiciliar, com grande efetividade, é o pedido de suspensão do processo, ancorada no art. 313, VI, do CPC, que prevê a hipótese de suspensão do processo por motivo de força maior. De acordo com Daniel Amorim Assunção, tal hipótese pode ser

---

[3] Referida previsão normativa não traz prejuízo à exigibilidade do débito alimentar. STOLZE, Pablo; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei da Pandemia (Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020 - RJET). Análise detalhada das questões de Direito Civil e Direito Processual Civil. In **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6190, 12 jun. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/46412. Acesso em: 01 jul. 2020.

[4] Por tramitar em segredo de justiça, não é possível indicar os dados do processo. Entretanto, a informação consta do sítio eletrônico do STJ, podendo ser livremente acessada. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-estende-liminar-e-concede-prisao-domiciliar-a-todos-os-presos-por-divida-alimenticia-no-pais.aspx. Acesso em: 01 jul. 2020.

[5] Processo em segredo de justiça. A informação consta do sítio eletrônico do STJ, podendo ser livremente acessada. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-estende-liminar-e-concede-prisao-domiciliar-a-todos-os-presos-por-divida-alimenticia-no-pais.aspx. Acesso em: 01 jul. 2020.

interpretada como “qualquer causa representada por evento insuperável, alheio à vontade dos sujeitos processuais e que os impeça de praticar atos processuais”.[6] A suspensão do processo - e da prisão já decretada - tem sido aplicada pelos tribunais, conforme decisão do STJ. Na ocasião, o Ministro Villas Boas concedeu habeas *corpus* tendo como fundamento a ineficácia da prisão domiciliar nesse momento de isolamento social.[7]

André Pagani de Sousa aponta que “há decisões que decretam a prisão do devedor de obrigação de prestar alimentos, mesmo com a pandemia do Covid-19 em seu auge”. O fundamento de tais decisões, de acordo com o autor, é a própria Resolução nº 62/2020, pois, “a depender do contexto local de disseminação do vírus, cuja observância é recomendada pelo art. 6º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, o decreto prisional pode ser suspenso ou não.”. [8]

Como se vê, a LRJET, ao estabelecer o regime domiciliar para os casos de prisão civil por dívidas, incorporou, por um lado, a recomendação do CNJ, seguida das mais recentes manifestações do STJ

---

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 548

[7] Por tramitar em segredo de justiça, não é possível indicar os dados do processo. Entretanto, a informação consta do sítio eletrônico do STJ, podendo ser livremente acessada., http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Terceira-Turma-nega-regime-domiciliar--mas-suspende-prisao-de-devedor-de-alimentos-durante-a-pandemia.aspx.

[8] O autor cita a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a seguinte ementa: - “EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - Decisão que indeferiu a expedição de mandado de prisão - Inconformismo da exequente - Acolhimento - Débito comprovado - Inércia do executado no pagamento do débito ou apresentação de justificava - Esgotamento das diligências para localização de bens do devedor - Cabimento da prisão - Incidência do art. 528, §§ 3º e 7º, do Código de Processo Civil e da Súmula 309 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Decisão reformada - Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2010707-95.2020.8.26.0000; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarujá - 2ª Vara da Família e das Sucessões; Data do Julgamento: 15/05/2020; Data de Registro: 18/05/2020).”. (V. SOUSA, André Pagani. **Execução de alimentos, prisão e Covid-19**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/327815/execucao-de-alimentos-prisao-e-covid-19>. Acesso em: “30/5/2020”.

e, de outro, não tolheu o credor de obter a prestação sub-rogada por meio de medidas indiretas, porquanto preservada restou a exigibilidade das respectivas obrigações.

A obrigação é o ordenamento jurídico da cooperação, com o escopo de alcançar a satisfação do interesse do credor por meio da ação de prestar do devedor. A partir dessa visão dinâmica do fenômeno obrigacional, sobressai, do conceito apresentado, a satisfação do interesse do credor como o fim a ser alcançado pela ação pessoal do devedor. Todavia, nem sempre o atingimento do fim – satisfação do interesse do credor -, deve-se ao comportamento pessoal do devedor.

Nesse último sentido, José Beltrán de Heredia Castro pontua que a realização do fim pode conseguir-se através de distintos procedimentos: *(i)* realização da obrigação por meio de processo executivo forçado sobre o patrimônio do devedor, ante a presença de uma prestação sub-rogada e desde que falte a ação pessoal do devedor, o alcance do fim é obtido por meio da responsabilidade patrimonial do devedor, isto é, por meio distinto e por um procedimento incompleto; *(ii)* à míngua da ação pessoal do devedor, a realização da prestação é obtida por meio da atividade solitária de terceiro, isto é, o alcance do fim é obtido por meio oblíquo e por procedimento incompleto; *(iii)* obtenção do fim pelo esgotamento do objeto por meio de um fato natural (caso fortuito ou força maior) ou por fato imputável ao próprio credor; *(iv)* realização da prestação por meio da sucessão passiva (sub-rogação, assunção e novação subjetiva passiva).[9]

De todas as maneiras postas no programa para o alcance do fim prestacional, para o caso em estudo merece atenção a satisfação do crédito através de processo executivo forçado sobre o patrimônio do devedor, verdadeiramente a obtenção de uma *prestação sub-rogada*. Ademais, necessário observar que os efeitos negativos na economia, e

[9] CASTAÑO, José Beltrán de Heredia y. El cumplimiento de las obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 43.

consequentemente no direito do alimentado, não se encerrará com o isolamento social. Ao contrário, permanecerão até que o setor econômico seja reestabelecido.

É certo que já existe uma tendência à renovação dos mecanismos de efetivação à prestação alimentícia. Como exemplo, tem-se a discussão sobre a constitucionalidade da prisão civil, prevista no artigo 528 § 3ª do Código de Processo Civil (CPC). Nesse sentido destaca-se o posicionamento de Marcos José Pinto que considera a previsão de prisão civil inconstitucional e não convencional, por violar tratados como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.[10]

Na jurisprudência, considera-se a prisão civil como última medida processual, só sendo cabível em situações excepcionais, como destacado em reiteradas manifestações do Superior Tribunal de Justiça (STJ).[11]

Outra importante discussão é quanto à eficácia da prisão civil, como destaca Marcos Pinto:

> Com a devida licença àqueles que preconizam sua eficácia, tem-se opinião diversa e não se adere a essa premissa. Por certo "o dinheiro aparece, não se sabe de onde", quando alguém, em regra humilde, é preso por inadimplemento. Afinal, quem paga não é uma terceira pessoa, "estranha" ao problema?
> [...]
> Enfatiza-se que a prisão é medida inútil e ineficaz, até porque impossibilita o devedor de alimentos de laborar, auferir renda para pagar a pensão que deve.

Na prática, o que se percebe é que a prisão civil somente gera efeitos que justifiquem a medida nos casos em que o devedor se escusa voluntariamente de pagar, apesar de possuir meios para tal. Quando o

---

[10] PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos: constitucionalidade e eficácia**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017.

[11] Por todas, confira-se: - STJ, RHC 61492 CE 2015/0164413-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 24/05/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2016.

inadimplemento é decorrente de dificuldades financeiras do alimentante, seu recolhimento à prisão em nada contribui para a quitação do débito.

Buscando garantir de forma mais eficiente o direito do alimentando, tem-se aplicado à execução de alimentos o art. 139, inciso IV do CPC, que faculta ao juiz manejar tantas medidas quanto forem necessárias ao cumprimento de ordem judicial. Neste diapasão, a seguir o rito da expropriação de bens previsto no art. 523 do mesmo diploma legal, seria possível a aplicação de medidas como a penhora do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS),[12] suspensão da Carteira Nacional de Habilitação[13] e recolhimento de passaporte.[14]

Além dessas medidas, é possível a penhora de parte do auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982/2002, conforme se lê em notícia veiculada no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). De acordo com a matéria, a medida foi determinada pelo Poder Judiciário do estado de Santa Catarina, em processo que tramita em segredo de justiça, ao decretar a penhora de 30% do valor recebido a título de auxílio emergencial, nos termos seguintes: - "tendo em vista que a obrigação alimentícia é indeclinável, pois de caráter emergencial e vital, e ante a exceção à impenhorabilidade prevista em lei, entende-se

[12] Em todos essas hipóteses fáticas, o móvel que anima a adoção de tais medidas reside na garantia da subsistência do alimentado, conforme se extrai do Agravo Regimento em Recurso Especial decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator Luiz Salomão afirmou que "Este Tribunal preconiza a possibilidade de penhora de conta vinculada do FGTS e PIS em se tratando de ação de execução de alimentos, por envolver a própria subsistência do alimentado e a dignidade da pessoa humana". (STJ, Ag.Re. no REsp nº 1427836, rel. Min. LUIZ FELIPE SALOMÃO. J. em 24 abr. 2014).
[13] STJ, AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 1.297.985 SP (2018/0121786-5) Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Data de Julgamento: 23/10/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/10/2018.
[14] STJ, RECURSO EM HABEAS CORPUS nº 99.606 SP (2018/0150671-9) Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 13/11/2018, t 3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2018.

no caso em comento pela possibilidade da penhora do auxílio emergencial que eventualmente venha o executado a receber.”.[15]

Em todas essas hipóteses fáticas, o móvel que anima a adoção dessas medidas coercitivas indiretas reside na garantia da subsistência do alimentado,[16] observadas, claro, as peculiaridades do caso concreto e mediante o emprego da técnica do juízo de ponderação.[17] Observe-se que a medida executória a ser tomada depende das singularidades do caso concreto, não havendo taxatividade ou obrigatoriedade de aplicação de uma ou outra.[18] Vê-se que tais alternativas se mostram mais rápidas e eficientes para a realização do direito, essencial e urgente, do alimentado. Por outro lado, possibilita também ao executado ter sua dívida quitada de forma menos gravosa.

A possibilidade de obter-se a suspensão do processo não impede que o credor alimentar pratique atos processuais necessários à preservação de direitos e de natureza urgente (CNJ, Resolução nº 313/2020, art. art. 5º, Parágrafo único). Desse modo, apresenta-se plenamente viável a continuidade do processo de execução seguindo o rito da expropriação, com a aplicação das medidas atípicas de coação. Isso, porque é inquestionável, como afirma Rafael Delfino, a urgência das questões relativas à pensão alimentícia.[19]

---

[15] IBDFAM. **Assessoria de comunicação**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br /noticias/7265/Justi%C3%A7a+penhora+aux%C3%ADlio+emergencial+de+homem+ para+quitar+d%C3%ADvida+aliment%C3%ADcia>. Acesso em 29/6/2020.

[16] STJ, RECURSO EM HABEAS CORPUS nº 99.606 SP (2018/0150671-9) Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de Julgamento: 13/11/2018, t3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2018.

[17] STJ, REsp nº 1.733.697-RS, rel. min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 11/12/2018, DJe 13/12/2018.

[18] TJRS, Agravo de Instrumento nº 70083909481, Oitava Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 28-05-2020.

[19] DELFINO, Rafael Miguel. “A efetividade do direito a alimentos na pandemia e a pandemia da impenhorabilidade absoluta do auxílio emergencial.”. In **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1461/A+efetividade+do+direito+a +alimentos+na+pandemia+e+a+pandemia+da+impenhorabilidade+absoluta+do+aux %C3%ADlio+emergencial>. Acesso em: 29/5/2020.

Outro importante ponto a ser esclarecido é o caso de total impossibilidade de pagamento do débito alimentar. O art. 528, §1º, do CPC, prevê como justifica plausível à falta de pagamento do débito alimentar a impossibilidade de fazê-lo. Assim, estando comprovada a total impossibilidade de quitação da dívida, não há que se falar em aplicação de meios executórios. Nesses casos, uma solução para salvaguardar a subsistência do alimentado seria a inclusão do alimentante no Programa Renda Mínima - que confere auxílio emergencial à população de baixa renda durante a pandemia – apesar de não preencher os requisitos necessários. O objetivo seria garantir o pagamento da pensão alimentícia. Em contraposição, segundo o que se propõe, é a possibilidade de a União requerer o reembolso do dinheiro em casos de inadimplemento voluntário.[20]

Por fim, o ordenamento jurídico brasileiro oferece outro mecanismo para a obtenção de uma prestação sub-rogada em substituição à prestação devida. Trata-se do chamamento de familiares à responsabilidade alimentar, posição defendida por Flávio Tartuce, [21] com apoio no art. 1.698 do Código Civil, com o seguinte teor: - “Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

---

[20] *THOMAZELLI, Daniel R.; BRAZ, Fernando G.* “**A Covid-19 e a Liberação de Presos Civis por Dívidas de Alimentos: Uma Análise de Cenários Jurídico-Econômicos Sob a Ótica do Alimentando.”. In IBDFAM.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1416/A+Covid9+e+a+Libera%C3%A7%C3%A3o+de+Presos+Civis+por+D%C3%ADvidas+de+Alimentos%3A+Uma+An%C3%A1lise+de+Cen%C3%A1rios+Jur%C3%ADdico-Econ%C3%B4micos+Sob+a+%C3%93tica+do+Alimentando>. Acesso em 28/5/2020.

[21] TARTUCE, Flávio. “**A convocação dos demais responsáveis pela obrigação de alimentos familiares”. In IBDFAM.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1346/A+convoca%C3%A7%C3%A3o+dos+demais+respons%C3%A1veis+pela+obriga%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos+familiares>. Acesso em 31/7/2020.

Seja sucessiva ou solidária, o certo é que existe, por autorização legal, uma responsabilidade entre os parentes para garantir a satisfação do crédito alimentar.

Em conclusão, pode-se afirmar que a LRJET veio para dar segurança às relações privadas em meio as incertezas oriundas do estado de pandemia, prestigiando a força do direito nacional. Em matéria de prisão civil, a lei de emergência acompanha a posição firmada pelo Conselho Nacional de Justiça, postura essa acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A vedação de prisão em regime fechado não inibe a ampla liberdade conferida ao magistrado para aplicar medidas coercitivas diversas nos processos de execução. Por outro lado, com o período pandêmico, a prisão civil tornou-se ainda mais ineficiente. Desse modo, para a obtenção de uma prestação sub-rogada em substituição à prestação devida, faz-se necessário o fortalecimento dos instrumentos existentes no nosso ordenamento jurídico.

Deve-se ter em mente que o objetivo primeiro da lide, em tema de execução de alimentos, é salvaguardar o direito do alimentado, que é fundamentado no direito à vida, à dignidade da pessoa humana, dentre outros. É preciso ter a sensibilidade que o assunto e o período pandêmico requerem, de modo a analisar as nuances do caso concreto, para que se encontre o instrumento mais eficaz em cada situação.

REFERÊNCIAS

DELFINO, Rafael Miguel. "A efetividade do direito a alimentos na pandemia e a pandemia da impenhorabilidade absoluta do auxílio emergencial.". In **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1461/A+efetividade+do+direito+a+alimentos+na+pandemia+e+a+pandemia+da+impenhorabilidade+absoluta+do+aux%C3%ADlio+emergencial>. Acesso em: 29/5/2020.

HEREDIA Y CASTAÑO, José Beltrán de. **El cumplimiento de las obligaciones.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil: **comentado artigo por artigo**. 2a. ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos**: **constitucionalidade e eficácia.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. "A célebre lei do deputado Failliot e a teoria da imprevisão". In **Revista ConJur**, de 2 abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-comparado-celebre-lei-deputado-failliot-teoria-imprevisao>. Acesso em: 24/6/2020.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOUSA, André Pagani. "Execução de alimentos, prisão e Covid-19**"**. In **Migalhas.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/327815/execucao-de-alimentos-prisao-e-covid-19>. Acesso em: 30/5/2020.

STOLZE, Pablo; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. "Comentários à Lei da Pandemia (Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020 - RJET). Análise detalhada das questões de Direito Civil e Direito Processual Civil". In **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6190, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46412>. Acesso em: 01/07/2020.

TARTUCE, Flávio. “A convocação dos demais responsáveis pela obrigação de alimentos familiares.”. In: **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1346/A+convoca%C3%A7%C3%A3o+dos+demais+respons%C3%A1veis+pela+obriga%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos+familiares>. Acesso em 31/7/2020.

THOMAZELLI, Daniel R.; BRAZ, Fernando G. “A Covid-19 e a Liberação de Presos Civis por Dívidas de Alimentos: Uma Análise de Cenários Jurídico-Econômicos Sob a Ótica do Alimentando.”. In **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1416/A+Covid9+e+a+Libera%C3%A7%C3%A3o+de+Presos+Civis+por+D%C3%ADvidas+de+Alimentos%3A+Uma+An%C3%A1lise+de+Cen%C3%A1rios+Jur%C3%ADdicoEcon%C3%B4micos+Sob+a+%C3%93tica+do+Alimentando>. Acesso em 28/5/2020.

A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS EM TEMPOS DE CRISE

Lara Rafaelle Pinho Soares[*]

O período de isolamento social, provocado pela pandemia gerada pela propagação do vírus COVID-19, acendeu as luzes para diversos problemas sociais, econômicos e familiares. O número de divórcios aumentou significativamente[1], a busca por informação sobre planejamento sucessório, por meio de testamento, foi incrementada[2], as questões referentes à discussão de guarda, alimentos e convivência familiar ganharam novas linhas argumentativas[3], além de ter sido editada a Lei n. 14.010 de 10.06.2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado, com reflexos no Direito das Famílias e das Sucessões[4].

---

[*] Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Conselheira Seccional e Presidente da Comissão de Direito de Família da OAB/BA. Diretora do IBDFAM/BA.

[1] Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/aumenta-procura-por-divorcio-durante-pandemia> Acesso em 04 de julho de 2020.

[2] Disponível em: http://www.civel.mppr.mp.br/2020/05/128/Aumento-na-procura-por-testamentos-durante-a-pandemia-do-COVID-19.html e<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7230/Testamentos+crescem+por+conta+da+pandemia+do+coronav%C3%ADrus%3B+especialistas+comentam> Acesso em 04 de julho de 2020.

[3] BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Suspensão temporária de visitas paterna. Genitora pertencente ao grupo de risco. Livre contato por meio eletrônico. COVID-19 (Processo n: 8057231-30.2020.8.05.0001, Relatora: Juíza Bárbara Correia de Araújo Bastos,data da decisão: 26/04/2020, TJ-BA). Interessante caso é o constante na notícia disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7370/Mesmo+vivendo+em+S%C3%A3o+Paulo%2C+pai+consegue+extens%C3%A3o+da+conviv%C3%AAncia+com+os+filhos%2C+que+moram+em+Santa+Catarina> Acesso em 04 de julho de 2020.

[4] BRASIL. *Lei 14.010 de 10 de junho de 2020.* CAPÍTULO X - DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações. Art. 16. O prazo do art. 611 do Código de Processo Civil para sucessões abertas a partir de

No que se refere especificamente aos alimentos, a referida Lei, em seu art. 15, prevê que

> até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

O legislador, por sua vez, entendendo a relevância do direito ao recebimento dos alimentos e sua essencialidade na vida humana, conferiu a ele características especiais, pois personalíssimos, incessíveis, impenhoráveis, incompensáveis, imprescritíveis e intransmissíveis. Cuidou, no aspecto processual, de prever procedimento executivo especial, tanto para títulos judiciais (CPC, arts. 528 a 533), como para títulos extrajudiciais (CPC, arts. 911 a 913).

Nessa senda, tratou de autorizar protesto do título executivo, desconto direto em folha de pagamento ou outros rendimentos, além de penhora e expropriação do patrimônio. E mais, o art. 528, §3º, do CPC (Lei 13.105), juntamente com o protesto de débito alimentar, prevê a possibilidade de decretação, pelo magistrado, de pena de prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada para o inadimplemento não for aceita.

Para compreender a problemática que envolve a questão no atual momento de pandemia, é importante fazer uma retrospectiva breve, com limite no início da adoção das medidas de contingência do crescimento da curva de contaminação do vírus, em razão do excepcional momento pandêmico que atinge toda a sociedade.

1º de fevereiro de 2020 terá seu termo inicial dilatado para 30 de outubro de 2020. Parágrafo único. O prazo de 12 (doze) meses do art. 611 do Código de Processo Civil, para que seja ultimado o processo de inventário e de partilha, caso iniciado antes de 1º de fevereiro de 2020, ficará suspenso a partir da entrada em vigor desta Lei até 30 de outubro de 2020.

Assim, ainda no mês de Março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça, excedendo as suas atribuições constitucionais, porque propôs medidas de cunho processuais diversas daquelas previstas na legislação de regência, por meio do ato administrativo Recomendação de n. 62, de 17.03.2020, recomendou aos Tribunais e Magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção do novo coronavírus e, dentre elas, resolveu:

> Art. 6º. Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

Influenciado pelo ato administrativo descrito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por decisão monocrática da Ministra Nancy Andrighi, resolveu afastar "momentaneamente a incidência do art. 528, §4º, do CPC, determinar que o cumprimento da prisão civil pelo paciente ocorra, excepcionalmente e em cumprimento à Resolução CNJ 62/2020, em regime domiciliar, cabendo ao juízo da execução de alimentos estabelecer as condições de recolhimento[5]".

Desse modo, questiona-se: as medidas recomendadas pelo CNJ alcançam a finalidade da norma processual de regência? E mais: seria possível estabelecer novas balizas para buscar a efetividade na execução de alimentos durante e após a pandemia?

Sem dúvidas, a solução desse questionamento exige do operador do Direito i) sensibilidade na condução das relações privadas em momento de pandemia, que exige isolamento social e, consequentemente, provoca efeitos nefastos na economia e no equilíbrio social; ii) a compreensão de que o credor tem o direito fundamental à tutela executiva e, por isso, deve contar com todos os meios necessários

[5] STJ, HC nº 566.897/ PR (2020/0068179-5), Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19/03/2020.

à efetivação do seu direito; iii) conhecer as técnicas processuais mais adequadas à efetividade da tutela jurisdicional e iv) exercitar a criatividade na postulação, de modo a pleitear medidas executivas adequadas, incluindo, principalmente, as atípicas.

Na construção desse entendimento, especialmente para se compreender a adequação das medidas executivas, a proporcionalidade da providência pretendida, a razoabilidade, a proibição de excesso, tanto para o credor, quanto para o devedor, além da necessária observação da eficiência, é necessário ter ciência do caminho que tem seguido algumas decisões judiciais paradigmáticas sobre o tema.

Nesse sentido, portanto, importa destacar que pouco mais de dois meses após a decisão retromencionada, no início de Junho de 2020, o próprio STJ, por decisão colegiada da Terceira Turma, "entendeu não ser possível a colocação em prisão domiciliar do devedor de pensão alimentícia, a despeito da crise sanitária causada pelo novo coronavírus (Covid-19)[6]". Para o colegiado, em voto relatado pelo Ministro Villas Bôas Cueva, a medida mais adequada é suspender a prisão civil durante o período da pandemia. Embora o acórdão não esteja disponível para consulta pública, uma vez que o caso tramita em segredo de justiça, de acordo com a notícia inserta no site do Superior Tribunal:

> O magistrado ressaltou que, de fato, é necessário evitar a propagação do novo coronavírus, porém afirmou que "assegurar aos presos por dívidas alimentares o direito à prisão domiciliar é medida que não cumpre o mandamento legal e que fere, por vias transversas, a própria dignidade do alimentando".
> "Não é plausível substituir o encarceramento pelo confinamento social – o que, aliás, já é a realidade da

[6] Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Terceira-Turma-nega-regime-domiciliar--mas-suspende-prisao-de-devedor-de-alimentos-durante-a-pandemia.aspx> Acesso em 05 de julho de 2020.

> maioria da população, isolada no momento em prol do bem-estar de toda a coletividade".[7]

A referida decisão prestigia a ponderação entre as normas. Efetivamente, existe um direito fundamental, consubstanciado na dignidade física, moral e psicológica, que orienta a preservação da integridade da pessoa humana. Sem dúvidas, isso envolve o direito de a pessoa não ser colocada em situação que enseje contaminação viral. Mas, de outro lado, não é possível esvaziar a norma processual que prevê a prisão civil como sanção para o devedor de alimentos, afinal, é regra que visa proteger o direito do alimentando, sujeito em situação de vulnerabilidade.

Destaca-se a teoria dos limites imanentes[8] como meio de assegurar a não violação de um direito fundamental por outro, de modo que um não atinja o núcleo do outro, nem a ele se sobreponha, observando-se o princípio da proporcionalidade e as técnicas de harmonização e ponderação para a solução de conflitos entre direitos fundamentais no caso concreto.

Efetivamente, não é razoável manter o devedor de alimentos preso, arriscando-se a contaminar-se e ter o seu direito fundamental à saúde atingido, assim como não é razoável e proporcional premiá-lo com a substituição da prisão em regime fechado por prisão domiciliar, sob pena de, repise-se, completo esvaziamento da norma.

Com o objetivo de ponderar os direitos em conflito (incolumidade física do devedor x direito aos alimentos do credor), pensa-se ser plenamente possível adiar o cumprimento da pena de prisão,

---

[7] Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Terceira-Turma-nega-regime-domiciliar--mas-suspende-prisao-de-devedor-de-alimentos-durante-a-pandemia.aspx> Acesso em 05 de julho de 2020.

[8] Virgílio Afonso da Silva, explica que a teoria dos limites imanentes sustenta que os direitos fundamentas não são absolutos, pois têm seus limites definidos previamente, implícita ou explicitamente, pela própria constituição. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.131-32).

em regime fechado, se ele ainda estiver inadimplente com a prestação alimentar na oportunidade futura do seu cumprimento.

Explica-se.

O art. 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece que "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados". Logo, enquanto direitos sociais, os alimentos são direitos fundamentais.

E, em se tratando de direito essencial à sobrevivência de quem recebe, compõe o mínimo existencial da vida do seu credor, o que revela de forma ainda mais acentuada a sua fundamentalidade. Desse modo, sem prejuízo da saúde do devedor, mas em atenção aos direitos do alimentando, o juiz poderá determinar que a prisão, em regime fechado, ocorra após o período estabelecido na Lei 14.010/20, se o débito ainda estiver em aberto.

Ora, efetivamente, determinar prisão domiciliar, especialmente em período social de isolamento, não provoca qualquer constrangimento e não gera a coerção necessária ao cumprimento do dever, desvirtuando a natureza da prisão civil excepcional prevista na legislação brasileira e no Pacto de São José da Costa Rica. Durante o período de pandemia, portanto, em que a efetividade da norma resta prejudicada, é plenamente possível adiar a sua execução.

Essa solução atende aos direitos do credor de alimentos de ter a medida coercitiva praticada, bem como do devedor que terá sua saúde preservada, sendo plenamente atendida a regra da menor onerosidade. Nesse ínterim, entretanto, é preciso se valer e utilizar das medidas executivas atípicas.

Veja-se, o art. 139, IV, do CPC, concretiza o direito fundamental à obtenção da tutela jurisdicional, à medida que autoriza o magistrado a "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o

cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

É preciso observar que a legislação permite que o devedor de alimentos seja preso, em razão de débito que tem origem civil, medida, portanto, mais gravosa que o ordenamento jurídico processual civil prevê. Desse modo, para o alcance da tutela jurisdicional, é razoável que, durante o período de pandemia, enquanto ainda não é possível efetivar a medida executiva mais gravosa, e também normalmente mais eficaz, é razoável a utilização de outros meios de execução.

As medidas executivas são classificadas como típicas, quando previstas na lei (exemplos: multa de 10% pelo descumprimento de obrigação de pagar quantia, imissão na posse, busca e apreensão, penhora, arresto, expropriação, dentre outras) ou atípicas, quando o procedimento não é regulado pela legislação e os mecanismos, expedientes ou medidas para o cumprimento da obrigação não estão definidos e detalhados na legislação.

A utilização das medidas atípicas, muitas vezes utilizadas subsidiariamente nos procedimentos que contam com medidas típicas, é diligência necessária que concretiza o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. A proibição do *non factibile* é decorrência lógica do devido processo legal e da própria razão de criação e manutenção do Poder do Judiciário, respaldando-se no princípio da efetividade. Nesse aspecto, mesmo havendo mecanismos para impedir o *non liquet*, se o comando do dispositivo não se concretizar por ausência de técnica executiva, ocorrerá, ainda assim, vedação de acesso à justiça.[9]

Por tudo quanto exposto, é necessário que o operador do Direito, especialmente o profissional da advocacia, responsável pela atividade de postulação, exercite a criatividade para averiguar, no caso

[9] MINAMI, Marcos Youji, *Da vedação ao non factibile. Uma introdução às medidas executivas atípicas.* Salvador: Jus Podivm, 2019.

específico, outras medidas que sejam lícitas, mas desconfortáveis para o devedor a ponto de estimulá-lo a cumprir as suas obrigações.

Para Rafael Caselli Pereira, as medidas atípicas, na hipótese de inadimplência de natureza alimentar, deveriam ser utilizadas de forma principal, e não subsidiária, dada a essencialidade dos alimentos para assegurar a dignidade da pessoa humana[10]. Posicionamento que se entende possível, neste ensaio, nos casos de o referido débito ser decorrente de alimentos legítimos, ou seja, consecutivo da relação familiar.

Compreende-se, assim, que os limites e obstáculos impostos pela pandemia serviram para trazer à tona o problema, ressaltar a necessidade de repensar o processo de família, notadamente a sua fase executiva, bem como sobrelevar o debate. Nesse cenário, portanto, o direito aos alimentos não se tornou mais ou menos importante pelo momento (e, consequentemente, passageiro) difícil que enfrenta a sociedade.

As questões aqui levantadas não são circunstanciais e, por conseguinte, as formas de pensar/executar a tutela jurisdicional também não. As medidas executivas atípicas estão à disposição do operador do Direito e, a partir das especificidades e peculiaridades de cada família, bem como da realidade financeira do devedor de alimentos, pode e deve haver postulações criativas, sempre observando a proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, tanto nesse momento que se vive os limites impostos pela pandemia, como também após o estabelecimento da normalidade, é e será possível avaliar a conveniência, razoabilidade, proporcionalidade e adequação[11] de providências, como: a suspensão da Carteira Nacional

---

[10] PEREIRA, Rafael Caselli. Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização. In: *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos.* Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.; Coordenadores: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 275-305, p. 276.

[11] Nem sempre a prisão, por exemplo, é a medida mais adequada e eficaz para o recebimento dos alimentos. Afinal, essa providência extrema retira a liberdade do sujeito, sendo apta a dificultar, em razão do afastamento do trabalho, o próprio

de Habilitação, do passaporte, cancelamento de cartão de crédito, eventual suspensão de fornecimento de energia, da aplicação de astreintes, impedimento de ingressar no serviço público ou até mesmo em cargo eletivo, dentre outras possibilidades que se apresentem, na espécie, adequadas.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem que, "seguramente, é preciso criatividade do juiz, especialmente diante das novas perspectivas sincréticas do processo de execução, para adotar as providências que se apresentem efetivas para a obtenção do resultado prático almejado – que é o cumprimento da obrigação alimentar[12]".

Registre-se, por oportuno, que a cumulação de ritos executivos[13] não pode ser um empecilho ao cumprimento das decisões judiciais. Já é tempo, aliás, de superar essa forma de proceder a execução de alimentos no processo civil brasileiro. Sobre o tema, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM editou o Enunciado n. 32, aprovado no seu XII Congresso Brasileiro, realizado em outubro de 2019, que assim prescreve: "é possível a cobrança de alimentos, tanto pelo rito da prisão como pelo da expropriação, no mesmo procedimento, quer se trate de cumprimento de sentença ou de execução autônoma". Importante observar que o próprio Código de Processo Civil prevê a

---

cumprimento da obrigação. É preciso compreender que a medida é de coerção e o objetivo é alcançar a efetividade da do título executivo. O STJ já se posicionou nesse sentido: "Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida. (STJ. HC 416886. Rel. Min. Nancy Andrighi. Tereira Turma. Julgamento: 12.12.2017)".

[12] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Famílias.* Vol. 6. 9. ed., rev., ampl., atual., 2016, p. 807.

[13] Sobre o tema, ver o julgamento do Incidente de Resolução de demandas repetitivas: Tribunal de Justiça do Amazonas. Autos nº 0004232-43.2018.8.04.0000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Aristóteles Lima Thury. Julgamento: 15.10.2019.

acumulação de medidas coercitivas à medida que autoriza o protesto do título inadimplido juntamente com a decretação da prisão, nos termos e limites previstos no § 3º, do art. 528.

Por sua vez, o STJ tem manifestado entendimento para permitir a cumulação de técnicas executivas[14]. Efetivamente, o art. 139, IV, do CPC, inaugura no sistema processual uma nova era, na qual se permite combinar estratégias executivas diretas (como são os atos de sub-rogação), com as indiretas (como são as de coerção).

Desse modo, nas execuções de alimentos, se a medida atípica for menos gravosa que a típica (prisão civil), por que não permitir a sua realização?! Ou, ainda, permitir a utilização de medidas atípicas antes ou depois de se decretar a prisão civil?! Afinal, "sempre será possível ao exequente que não pretenda ver o executado correr o risco de ser preso a possibilidade de postular a execução pelo procedimento padrão, abrindo mão deste procedimento especial que foi criado em seu favor[15]".

Corroborando essa linha argumentativa, tem-se que o art. 775 do CPC autoriza o exequente a desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva. E se é assim, efetivamente, não há motivo para impedir o executado a desistir de uma medida típica mais gravosa (prisão) em detrimento de uma menos gravosa. A solução proposta atende à menor onerosidade da execução e apresenta-se como nova baliza para buscar a efetividade na execução de alimentos durante e após a pandemia.[16]

---

[14] STJ, REsp 1.733.697/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 11.12.2018, DJe 13.12.2018.

[15] CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2. ed., rev. e atual.,2016, São Paulo: Atlas, p. 406.

[16] DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Curso *de direito processual civil: execução.* 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2017, p. 78-81. Também no mesmo sentido: MINAMI, Marcos Youji, *Da vedação ao non factibile. Uma introdução às medidas executivas atípicas.* Salvador: JusPodivm.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. **Processo n: 8057231-30.2020.8.05.0001**, Relatora: Juíza Bárbara Correia de Araújo Bastos, data da decisão: 26/04/2020.

BRASIL. **Lei 14.010 de 10 de junho de 2020**.

BRASIL. Ministério Público do Paraná. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/2020/05/128/Aumento-na-procura-por-testamentos-durante-a-pandemia-do-COVID-19.html> Acesso em 04 de julho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Terceira-Turma-nega-regime-domiciliar--mas-suspende-prisao-de-devedor-de-alimentos-durante-a-pandemia.aspx> Acesso em 05 de julho de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 416886**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Tereira Turma. Julgamento: 12.12.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 566.897/ PR** (2020/0068179-5), Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, **REsp 1.733.697/RS**, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 11.12.2018, DJe 13.12.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. **Incidente de Resolução de demandas repetitivas:** Tribunal de Justiça do Amazonas. Autos nº

0004232-43.2018.8.04.0000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Desembargador Aristóteles Lima Thury. Julgamento: 15.10.2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. 2016, São Paulo: Atlas.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias**. Vol. 6. 9. ed., rev., ampl., atual., 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS – IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7230/Testamentos+crescem+por+conta+da+pandemia+do+coronav%C3%ADrus%3B+especialistas+comentam> Acesso em 04 de julho de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS – IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7370/Mesmo+vivendo+em+S%C3%A3o+Paulo%2C+pai+consegue+extens%C3%A3o+da+conviv%C3%AAncia+com+os+filhos%2C+que+moram+em+Santa+Catarina> Acesso em 04 de julho de 2020.

MINAMI, Marcos Youji, **Da vedação ao non factibile. Uma introdução às medidas executivas atípicas.** Salvador: Jus Podivm, 2019.

PEREIRA, Rafael Caselli. Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização. In: **Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos**. Coordenador Geral:

Fredie Didier Jr.; Coordenadores: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 275-305.

Revista AGÊNCIA BRASIL. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/aumenta-procura-por-divorcio-durante-pandemia. Acesso em 04 de julho de 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Capítulo 3 - Casamento, União Estável e Regime de Bens

CONSIDERANDO O PRAZO DECADENCIAL DE HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO, SERIA POSSÍVEL DISPENSAR OS REQUISITOS LEGAIS DE CELEBRAÇÃO DURANTE E APÓS A PANDEMIA?

Venceslau Tavares Costa Filho[*]

Tradicionalmente, a família era vista como um lugar de "proteção numa célula unitária reconhecida como primordial".1 Sob certa perspectiva da Teoria do Direito, em vista deste caráter "primordial", pode-se dizer que a família é uma instituição.

No Direito Canônico, identificavam-se as instituições como algo que, sem depender de pessoas, existe e funciona em razão de uma decisão autoritativa proveniente de Deus. Entretanto, a sociologia contemporânea define instituição "como estrutura relativamente permanente, anterior aos indivíduos que nela encontram paradigma de seu comportamento e indicador de seu papel no grupo a que pertencem". A instituição geralmente comporta diversos grupos sociais juridicamente relacionados, reputados como institutos jurídicos, "pois se são realidades inerentes à sociedade humana, do ponto de vista jurídico, exige-se que sejam reguladas, com normas de Direito positivo". O casamento, a filiação, a união estável, as famílias monoparentais, etc. são espécies de institutos jurídicos vinculados à Família-instituição.[2]

---

[*] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco. Advogado.

[1] ARNAUD, André-Jean. A importância da utopia comunitária dos anos 70 para o estudo do direito de família contemporâneo. *In: O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 126.

[2] LIMA, Maurílio Cesar de. ***Introdução à história do direito canônico***. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 174-175.

Neste sentido, também não se pode esquecer que a tutela jurídica das relações de família também compreende a proteção a diversos direitos da personalidade; tais como o direito a intimidade, ao próprio corpo, ao nome, a honra, a intimidade, etc. Tais direitos da personalidade ganham novo colorido e dimensão nas relações de família em virtude do entrelaçamento de vidas e da intimidade que são próprios dessas relações. Daí porque a necessidade de advertir que: "conquanto apenas alguns destes direitos sejam previstos pelo Código, devem todos eles ser respeitados, pois são inerentes à natureza humana. (Ora, o matrimônio não é somente relação jurídica, mas também e antes de tudo - relação moral)".[3]

O advento da pandemia do coronavírus trouxe consigo diversas mudanças na vida cotidiana, tais como: a recomendação do isolamento social; do uso de máscaras e outros equipamentos de proteção individual; o cancelamento e a proibição de eventos sociais que possam causar aglomeração de pessoas, etc. Tais medidas, indubitavelmente, repercutem quanto as diversas formalidades prescritas em lei para a celebração do casamento; ato dos mais solenes e formais no Direito Civil brasileiro.

A fim de evitar eventual alegação de invalidade do ato, a exemplo da infringência de impedimento (Código Civil brasileiro, art. 1.548, II); o legislador fixou regras quanto a habilitação para o casamento. Neste sentido, o legislador indicou quais documentos devem instruir o pedido de habilitação (Código Civil brasileiro, art. 1.525); admitindo a possibilidade de impugnação da habilitação (Código Civil brasileiro, art. 1.526, parágrafo único), ou da oposição de impedimentos (Código Civil brasileiro, art. 1.529). Entretanto, o art. 1.532 do Código Civil brasileiro prescreve que: "A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado".

---

[3] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do regime de separação de bens no direito brasileiro atual. *Revista dos Tribunais*, v. 688 (fevereiro de 1993). São Paulo: RT, p. 7-19.

Diante das recomendações da Organização Mundial de Saúde no sentido de que seja evitado o contato social durante o período da pandemia do coronavírus, surgem propostas no sentido de dispensar os nubentes da apresentação dos documentos exigidos para a habilitação, bem como no sentido de suspender ou postergar o prazo previsto no art. 1.532 do Código Civil brasileiro.

Neste sentido, é de se registrar o Projeto de Lei n. 2947 de 2020, proposto pela Senadora Soraya Thronike. O referido projeto pretende instituir normas de caráter transitório em relação a celebração do casamento (arts. 3º e 4º), a guarda e o regime de convivência (arts. 5º e 6º), aos alimentos (arts.7º e 8º) e aos testamentos (arts. 9º e 10º).

A emergência sanitária advinda da pandemia do coronavírus realmente suscita a necessidade de um tratamento diferenciado para diversas situações jurídicas que não foram previstas pelo legislador. Mas, o projeto sob análise justamente peca por pretender apresentar soluções para problemas que já tem respostas satisfatórias previstas na legislação.

O Conselho Nacional de Justiça já autorizou Tribunais estaduais a utilização da videoconferência em substituição ao atendimento presencial, para a realização de audiências ou para a prática de outros atos; de modo que já há o registro de casamentos celebrados com a utilização de tais expedientes em diversas partes do país. Em Pernambuco, por exemplo, segundo relatório da Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de Pernambuco, anotou-se a celebração de 432 casamentos por videoconferência, no período de 17 de março a 30 de abril.[4]

Assim, a previsão da possibilidade de celebração do casamento por vídeoconferência (art. 3º) não se constitui em medida necessária, porquanto já tenha sido adotada em vista dos Provimentos e Resoluções

[4] Cf.: Coronavírus: casamentos por videoconferência se tornam opção em Pernambuco. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/casamentos-por-videoconferencia-se-tornam-opcao-para-casais-em-pernambuco-durante-pandemia/ Acesso em: 30 de junho de 2020.

do Conselho Nacional de Justiça. Acreditamos que a aprovação de uma lei prevendo regra neste sentido "a partir da data de sua publicação" só causaria confusão, colocando em dúvida a legalidade do Provimento do Conselho Nacional de Justiça.

Idêntico raciocínio se aplica a regra que interrompe os prazos para a habilitação ao casamento (art. 4º), em vista da existência de Provimentos e Resoluções do CNJ que já suspenderam prazos em relação a atos que devem ser praticados perante os cartórios de registro civil durante o período da pandemia.

Some-se a isto o fato de que a Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020, determinou o impedimento ou suspensão dos prazos prescricionais (art. 3º), desde a entrada em vigor da referida Lei até 30 de outubro de 2020; determinando também a aplicação de tal medida aos prazos decadenciais, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus.

Ora, o art. 1.532 veicula prazo decadencial, posto que restará caduca a habilitação após a consumação do prazo de 90 dias. Trata-se, portanto, de prazo alcançado pelo comando contido no § 2º do art. 3º da Lei n. 14.010/2020.

A suspensão dos prazos prescricionais tem fundamento no princípio, conhecido desde o antigo direito romano, do *"contra non valentem agere non currit praescriptio",* ou seja, não corre a prescrição contra aquele que não pode agir. Ora, tendo em vista a resolução n. 313, de 19 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, determinou-se a suspensão de prazos processuais e de uma série de atividades do Poder Judiciário. Some-se a isto as restrições impostas ao funcionamento dos cartórios em razão da decretação da calamidade pública. Tudo isto pode dificultar a prática de atos necessários a conclusão da habilitação e da celebração do casamento enquanto perdurar o período de emergência de saúde pública causada pelo coronavírus (Covid-19). Em razão disto,

resta justificada a adoção de regra excepcional determinando a suspensão deste prazo decadencial.

Pode-se cogitar também um possível problema em relação aos prazos para a formalização do casamento *in extremis*. Tal modalidade de casamento está longe de ser uma novidade em nosso Direito Civil. Há cerca de 100 anos, à época da epidemia de gripe espanhola, o escritor Oswald de Andrade recorreu ao instituto do casamento nuncupativo para unir-se em matrimônio com Maria de Lourdes Castro Pontes, sua *Daisy* ou *Miss Cyclone*; que morreu vitimada pela gripe espanhola em 1919 com apenas 19 anos de idade. Em suas memórias, Oswald de Andrade fez o seguinte registro deste momento de sua vida: "Caso-me in extremis. Separação de bens. Inutilmente. Dei mais do que tinha aos seus".[5]

O casamento nuncupativo parece ser um instituto que só retorna a memória da maioria dos juristas em épocas tristes de epidemia. Não é uma novidade, obviamente. Diga-se de passagem que nos parece questionável a presunção de que o portador do coronavírus encontra-se em iminente risco de vida, o que justificaria a celebração do casamento *in articulo mortis*, nos termos do art. 1.540 do Código Civil; tendo em vista as variações quanto a gravidade da doença.

O Código Civil já contempla medidas adequadas a tais situações, quais sejam o casamento em caso de moléstia grave (art. 1.539) e o casamento *in extremis* (art. 1.540).

Apesar de o legislador fixar prazos para que se proceda com o registro do ato ou para que as testemunhas se apresentem, a doutrina e a jurisprudência nacionais entendem que tais prazos são impróprios (ou prazos de preclusão fraca), de modo que a perda do prazo não gera quaisquer consequências jurídicas.

Assim, qualquer interessado poderá requerer a homologação do ato após o prazo de 10 dias previsto no art. 1.541 do Código Civil,

---

[5] *In*: *Um homem sem profissão*: Memórias e confissões – 1890-1919 – Sob as ordens de mamãe. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

inclusive os próprios nubentes, se sobreviveram, seus filhos, etc.[6] A jurisprudência, lastreada no princípio da interpretação *favor matrimonii*, também é no sentido de flexibilizar tais formalidades nestes casos, reputando que tal prazo deve ser considerado impróprio (*verbi gratia*: TJPR - 12ª C.Cível - 0023846-12.2016.8.16.0019 - Ponta Grossa - Rel.: Desembargador Rogério Etzel - J. 04.09.2019).

É também esta a compreensão de San Tiago Dantas: "Em matéria de casamento a omissão de formalidades extrínsecas só conduz à nulidade muito raramente, dado o *favor matrimonii* com que se examinam todas as nulidades".[7]

Frise-se também que, no que diz respeito a existência do ato, o casamento civil não depende de solenidades ou de registro! A inobservância das solenidades pode conduzir a invalidade do ato; mas a nulidade não se confunde com a inexistência: "Tanto assim que é possível, nos casos concretos, tirar-se algo do nulo, o que se não conceberia, se nulo e inexistente fossem o mesmo. Nulo não alude a não-ser, mas apenas a não valer".[8]

Apesar de nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento civil produz os mesmos efeitos do casamento válido (art. 1.561, CC). Ademais, a certidão do registro civil é um meio de prova do casamento.

Mas, em sendo "justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova" (art. 1.543, CC).

Ora, já se valorizava bastante, nas primeiras décadas do século passado, o "fático" nos domínios do direito. A linguagem do direito rende grandes homenagens ao "fato", desde então. Esta é uma linguagem

---

[6] CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Volume 6*: Famílias. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 233.

[7] DANTAS**,** San Tiago**.** *Direito de Família e das Sucessões***.** 2 ed Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 505.

[8] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte Geral*: Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 20.

relativamente recente no direito. Assim, pouco a pouco se incorpora no vocabulário jurídico.

No direito civil, por exemplo, fala-se em domicílio de fato, separação de fato, sociedade de fato, etc. As estruturas “de fato”, em diversas áreas do direito, tendem a ganhar eficácia jurídica, à semelhança das correspondentes estruturas “abstratas” ou “ideais”, tradicionalmente reguladas.[9]

A posse de estado de casados, inclusive, pode ser um meio de prova do casamento civil (art. 1.545); conduta deveras semelhante ou idêntica à convivência *more uxorio* que se exige para a comprovação da união estável. Neste ponto, a diferença entre união estável e casamento é quase nenhuma.

Assim, concluímos no sentido de considerar que o prazo decadencial previsto no art. 1.532 do Código Civil permaneceu suspenso durante o período da pandemia do coronavírus; o que não autoriza a dispensa dos requisitos legais para a habilitação, mas permitem a adaptação das formalidades da celebração tendo em vista a necessidade de isolamento social, permitindo a utilização de meios remotos, nos termos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Oswald de. **Um homem sem profissão: Memórias e confissões** – 1890-1919 – Sob as ordens de mamãe. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

ARNAUD, André-Jean. **A importância da utopia comunitária dos anos 70 para o estudo do direito de família contemporâneo.** In: O

---

[9] SAVATIER, René. Réalisme et idéalisme en droit civil d’aujourd’hui: structures materielles et structures juridiques. *In*: *Le droit privé français au millieu du XXe siècle*: études offertes à Georges Ripert. Tome I. Paris: L.G.D.J., 1950, p. 75-76.

direito traído pela filosofia. Tradução de Wanda Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1991.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do regime de separação de bens no direito brasileiro atual.** Revista dos Tribunais, v. 688 (fevereiro de 1993). São Paulo: RT.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, Volume 6: Famílias. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões.** 2 ed Rio de Janeiro: Forense, 1991.

LIMA, Maurílio Cesar de. **Introdução à história do direito canônico**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de**. Tratado de direito privado – Parte Geral**: Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

SAVATIER, René. **Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui: structures materielles et structures juridiques.** In: Le droit privé français au millieu du XXe siècle: études offertes à Georges Ripert. Tome I. Paris: L.G.D.J., 1950.

A PANDEMIA NA UNIÃO ESTÁVEL E A PANDEMIA DA UNIÃO ESTÁVEL

Regina Beatriz Tavares da Silva*

Além das preocupações com a pandemia na união estável, outras tantas existem com a pandemia da união estável, no sentido a seguir esclarecido e causada por requisitos legais frouxos e efeitos jurídicos equiparados, quase em sua totalidade, aos do casamento no Brasil.

Em seu sentido próprio ou comum, pandemia significa enfermidade que se dissemina e, em seu sentido contextual ou simbólico, o significado é de algo que, concreta ou abstratamente, muito e rapidamente espalha-se. É neste sentido simbólico que o significado da palavra pandemia mais se aplica a esta obra coletiva, o sentido figurado, neste sim, podendo-se colher o que tem de positivo essa expressão tão usada hoje em dia, em razão dos conhecimentos que espraiará em todo o Brasil, por força da "mãe" desta coletânea: a Ordem dos Advogados do Brasil.

Podemos também dizer que a pandemia tem oportuna aplicação nesta obra no seu significado etimológico, diante de sua origem grega: "pan – todos" e "demos – povo". Todos os advogados participantes desta obra unidos em prol do melhor e mais útil aprofundamento nos estudos jurídicos.

Mas, como pandemia, em seu outro sentido figurado, pode ser entendida como algo que não faz bem as pessoas, ou seja, que adoece o ser humano, é neste sentido que, neste artigo, o tema da união estável será desenvolvido com mais extensão quanto à pandemia da união

* Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutora e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Presidente e fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Advogada e Sócia fundadora de Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados.

estável, pelas razões a seguir expostas, que nada têm contra essa espécie de entidade familiar, acentue-se já.

É preciso observar, logo de início, que haja ou não pandemia viral, a união estável é entidade familiar monogâmica[1], consoante o art. 226, § 3º, da Constituição Federal), regulada pelo Código Civil, em seus artigos 1723 e seguintes. É fática a natureza de sua formação, duração e extinção. A união estável, diferentemente do casamento, forma-se e extingue-se no plano dos fatos, sem a obrigatoriedade legal de formalização através de ato solene e de sua desconstituição mediante outra providência formal.

As diretrizes de proteção contra a crise sanitária, emitidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em função da pandemia do novo coronavírus, induziram muitas mudanças no exercício comum das interações humanas. Uma das mais impactantes imposições advindas dessas diretrizes, sem dúvida, foi a que se convencionou denominar confinamento, dentro da dinâmica do isolamento social. No Brasil prevaleceu o regime de "quarentena" com o "isolamento horizontal" e restrições de circulação que atingem a população em geral, ao invés do "isolamento vertical", em que somente certos grupos permanecem isolados. Essa mudança na rotina social requer a atenção do Direito de Família. O estreitamento dos espaços físicos no confinamento doméstico, principalmente nas grandes cidades, implicou mudanças comportamentais. Nesse contexto, são realizadas algumas reflexões sobre as repercussões do isolamento social na (des)configuração da união estável.

---

[1] V. acórdão preferido no Pedido de Providências n. 0001459-08.2016.2.00.0000 da ADFAS ao CNJ, que reconheceu a invalidade das escrituras de poligamia ou "poliamor" como união estável (disponível no portal da Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS: http://adfas.org.br/2018/06/27/julgamento-completo-do-pedido-da-adfas-ao-cnj-para-a-vedacao-de-escrituras-de-poliamor-como-uniao-estavel/). V. também sobre a monogamia nas uniões estáveis: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável*. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Org.). Família e Pessoa: uma questão de princípios. São Paulo: YK, 2018. p. 571-617.

Citam-se, a seguir, as variadas situações da pandemia na união estável.

Primeiramente a situação dos casais de namorados que decidiram passar o período de "quarentena" sob o mesmo teto porque não suportariam o distanciamento amoroso. Ainda pode ser referida a situação dos namorados que passaram a viver juntos porque um deles teria de afastar-se de sua casa para proteger um familiar em zona de risco. Esses namorados poderiam ser considerados companheiros a depender da duração dessa estada conjunta sob o mesmo teto?

Em contrapartida, a situação de companheiros que, imperiosamente, afastaram-se por vários meses, a fim de cuidarem, por exemplo, de seus pais idosos. Teria se extinguido a união estável ou poderia ser considerada virtualmente existente pelos canais de comunicação que se estabelecem em tempos de isolamento social?

As duas situações que foram primeiramente apresentadas, paradoxalmente, podem ser as mais danosas, inobstante a contrapartida possa criar curiosidade.

É no sentido em que a palavra pandemia é usualmente empregada em seus efeitos, ainda mais em nossos dias – aquilo que causa danos ao ser humano – que esse termo qualifica as normas sobre união estável, tanto durante o contágio do Coronavírus-19, como após estar vencido este terrível vírus.

No Código Civil, o *caput* do artigo 1.723, segundo o qual "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família", em que se deve ler duas pessoas[2], trata-se de repetição literal da norma que constava do art. 1º da Lei 9.278 de 1996. Explicam-se, a seguir, os graves defeitos dessa norma, ressalvando-se que na fase final da tramitação do Código

---

[2] STF, ADI 4.277/DF e ADPF 132, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 05/05/2011.

Civil não caberia sua alteração em razão das normas regimentais do Congresso Nacional, que somente permitiam as seguintes modificações no texto aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, aquelas resultantes de legislação que tivesse entrado em vigor após o início da tramitação do projeto de Código Civil - no tema em análise, a Lei 9.278/1996 -, e as demais oriundas de inconstitucionalidades no texto projetado e de erros em sua redação. Outras alterações levariam esse projeto de lei, em bloco, de volta ao Senado, a significar possíveis outras alterações, retornando para nova votação na Câmara, para eventuais outras alterações em distintos dispositivos, o que eternizaria o projeto e impediria sua aprovação pelo "ping pong" que existiria entre as duas casas legislativas. A opção legislativa do relator do projeto, em sua fase final, Deputado Ricardo Fiuza, mesmo diante das críticas que esta articulista realizou à redação dos dispositivos legais em tela, foi sua apresentação para votação nos mesmos termos que constavam da Lei 9.278/1996.

Uma vez explicada a origem da norma constante do art. 1.723 do Código Civil, esta estabelece como requisito da configuração da união estável o objetivo ou *animus* de constituir família, ou seja, um elemento subjetivo. Há aqui um sensível impasse ao aplicador do Direito, caso se prenda à literalidade do dispositivo, afinal como medir essa vontade, ainda mais em tempos de confinamento social? Como concluir que existe de fato uma família formada, que deve produzir todos os efeitos pessoais e patrimoniais resultantes da união estável? Mesmo em tempos não pandêmicos, como concluir pela existência ou não de união estável, já que esta é uma situação de fato que se forma com a junção de meras escovas de dentes, depois, com o passar dos tempos, com algumas peças de roupas na casa de um ou de outro dos enamorados, até que eventualmente constituam família os que estão apaixonados. Como saber se e quando teve início a união estável?

E essas dificuldades angustiantes decorrem em especial da falta de prazo mínimo de duração da relação para que se constitua uma união estável, na redação do art. 1.723 do Código Civil de 2002. A ausência de

estipulação de prazo mínimo, isto é, do mínimo temporal a partir do qual a relação de duas pessoas que tenham convivência pública, contínua e duradoura, integrando verdadeira entidade familiar, gera efetivamente dificuldades atrozes e, portanto, pandêmicas no sentido figurado desta expressão, às pessoas.

E, para completar os defeitos graves da norma, que podem afetar prejudicialmente as pessoas na pandemia, e também fora dela, sequer é exigida coabitação, ou moradia sob o mesmo teto, ou unicidade familiar do par afetivo.

As usuais mazelas dessa norma são potencializadas durante uma pandemia que força o confinamento das pessoas, como esta do COVID-19, especialmente no sentido de obnubilar o intérprete sobre a existência de uma união estável. Casais de namorados juntam-se na mesma casa e, uma vez finda a atual pandemia, uma das pessoas dessa relação poderia pleitear pensão alimentícia ou divisão de bens do ex-namorado ou, até mesmo, em caso de morte antes do fim da convivência, almejar sua herança, como se união estável tivesse existido.

O caráter fático e informal na formação e na extinção dessas uniões exigiria que a lei, a fim de propiciar segurança jurídica, impusesse requisitos de tempo mínimo de duração e de coabitação ou moradia sob o mesmo teto, salvo motivos justificados, para a caracterização da união estável. Isto porque, necessariamente, a união estável constitui uma família, gerando direitos e deveres aos companheiros e equipara-se no Brasil ao casamento em seus efeitos pessoais e patrimoniais.

A união estável não pode continuar a ser confundida com o mero namoro. Relacionamentos de caráter exclusivamente afetivo, sem a constituição de família, não podem gerar direitos e deveres recíprocos por força de norma legal de romanticismo que não cabe no ordenamento jurídico.

Enfatize-se que, embora a legislação não exija expressamente dos companheiros a convivência *more uxorio* (como se casados fossem) e tampouco mínimo prazo de duração, a jurisprudência brasileira salva as pessoas dessa pandemia nefasta da norma oriunda da Lei 9.278/96 e

as livra de golpes voltados ao enriquecimento indevido, em grande, mas não total, parte dos casos[3].

Recordemos que vigora na união estável, excetuado pacto escrito em contrário, o regime da comunhão parcial de bens, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente no curso da relação, diante de presunção do esforço conjunto (Código Civil, art. 1725). Quando de sua dissolução, há direito à pensão alimentícia, desde que preenchidos os requisitos da possibilidade do prestador e da necessidade do beneficiário (Código Civil, art. 1694). Estas consequências jurídicas, dentre outras assemelhadas às do casamento, decorrem da união estável.

Quem atua na Advocacia, na área do Direito de Família, certamente já acompanhou a aflição e o legítimo inconformismo da pessoa que não chegou a constituir uma família e se encontra no polo passivo de uma demanda em que a outra parte almeja enriquecer indevidamente, ao pretender que uma relação de namoro se confunda, em juízo, com uma união estável.

---

[3]"...Em suma, as provas dos autos demonstram que não restaram caracterizados os requisitos necessários à tipificação da união estável; esta exige aparência de casamento no meio social de ambos os conviventes... o que afasta configuração de cunho familiar a encontros velados, às escondidas, que sugerem, pela clandestinidade, segredo de vida em comum incompatível com a constituição de uma verdadeira família no meio social... Assim, a existência de filhos, casamento religioso, manutenção de contas bancárias conjuntas, inclusão da companheira como dependente em planos de assistência à saúde ou previdência social, existência de economia doméstica comum, todas estas são evidências do companheirismo..." (TJSP, Apelação Cível 994.09.301317-0, Rel. Desembargador Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 11.03.2010). "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL COM MARCO INICIAL NO ANO DE 2006. DESCABIMENTO. (...) Inteligência do artigo 1.723 do Código Civil. Caso dos autos em que a prova documental e testemunhal produzida não comprovou satisfatoriamente a existência de união estável entre a apelante e o apelado, antes de outubro de 2012, quando muito, relacionamento casual entre os litigantes. A verba alimentar entre ex-cônjuges, pressupõe a dependência econômica entre si, o que inexiste comprovação nos autos no período que perdurou a união estável entre outubro de 2012 até setembro de 2013. Recurso desprovido" (TJRS, Ap. Cível 70081006322, Rel. Desembargador José Antônio Daltoe Cezar, 8ª Câmara Cível, j. 18/06/2020).

Não é incomum, também, presenciarmos uma pessoa que, movida por espírito de vingança e almejando vantagens indevidas, pleiteia o reconhecimento da união estável desde o primeiro encontro ou desde o dia em que conheceu o seu antigo par romântico. Se ocorreu aquisição patrimonial no início da relação afetiva, uma vez que os efeitos patrimoniais retroagem ao início da relação, outro erro de nosso ordenamento jurídico, aquele patrimônio será dividido injustamente com aquela pessoa que, no início da relação afetiva, não passava de simples namorado.

E, neste passo, deve-se melhor refletir sobre o início dos efeitos patrimoniais de uma união estável, já que não é adequado fazê-los retroagir ao início da relação, a partir da própria norma do art. 1.723 do Código Civil, que exige sua durabilidade. Numa relação que ainda não está constituída como entidade familiar, porque depende de durabilidade nos termos da lei, seus efeitos patrimoniais somente podem ter início após algum período de tempo, interpretação esta que não vem sendo dada no Direito brasileiro e que, de algum modo, diminuiria os impactos nocivos e de enriquecimento indevido a que estão sujeitos os que simplesmente desejam amar.

Via de regra, o namoro antecede uma união estável, cujo início, salvo se existir um pacto escrito, é de dificílima apuração. Destarte, pode-se imaginar a confusão que tende a ocorrer entre essas duas situações nos autos de um processo judicial. Daí esta articulista criou a declaração de namoro, que se fundamenta no art. 107 do Código Civil, mas que por falta de cuidado passou a ser chamada, na praxe, de contrato de namoro. Namoro não cria, não modifica e não extingue deveres jurídicos, portanto esta não é a natureza daquela declaração conjunta, que tem conteúdo meramente probatório[4].

---

[4] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. O mal falado contrato de namoro. *Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS*, São Paulo, 26 fev. 2016. Disponível em: http://adfas.org.br/2016/02/26/o-mal-falado-contrato-de-namoro/. Acesso em: 04/07/2020. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Contrato de namoro. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 21 set. 2016, Blog Fausto Macedo. Disponível em:

Insta salientar que a caracterização da união estável deveria, em lei, exigir a constituição de família e não o mero "objetivo", de natureza subjetiva, como indevidamente prevê a norma legal em tela. Afinal, podem ter esse mero *animus* os namorados e os noivos, que não estão sujeitos às consequências jurídicas da união estável, mas não os companheiros que já devem ter uma entidade familiar constituída.

Como a constituição de família revela-se através de dados concretos, a constatação mais inequívoca da existência de uma família se dá com a convivência dos companheiros sob o mesmo teto. Dado que a constituição de família se perfaz, normalmente, com a convivência num único domicílio, temos a coabitação como outro dos requisitos que também deveria ter expressa previsão legal. Mas esta é uma interpretação doutrinária, não constando expressamente da lei o requisito da coabitação. Somente deveria abrir mão, a norma legal, da coabitação ou unicidade domiciliar se, como se dá no casamento por expressa previsão legal (Código Civil, art. 1.569), ocorressem motivos justificados de ordem pessoal, profissional ou familiar[5]. Em suma, deveria a coabitação estar prevista em lei, e não só ser interpretada como necessária pela doutrina[6], que apoia a jurisprudência abaixo mencionada.

---

https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/contrato-de-namoro/. Acesso em: 04/07/2020.

[5] "Já que a união estável gera os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, em sua duração e dissolução em vida, havendo somente algumas diferenças na dissolução pela morte, deve-se aplicar a essa entidade familiar os artigos do Código Civil que regulam o matrimônio." MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 43ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72.

[6] "O primeiro requisito é a publicidade dessa convivência. Isto pressupõe que os companheiros permitam que se torne conhecida de toda a gente a circunstância de que vivem como se casados fossem e que essa convivência se destina ao fim de constituir família." NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil, v. 5: Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 274. "Uma entidade familiar, com efeitos similares aos do casamento, exige a convivência sob o mesmo teto, salvo casos excepcionais, inclusive por razões de segurança nas relações jurídicas. Se assim não for, simples namoro prolongado poderá, embora erroneamente, ser havido como união

Isso, porém, não impede a existência de efeitos patrimoniais em outras relações que não sejam de união estável, mas, para tanto, deverá ser provada a existência de sociedade de fato, a contribuição efetiva, com capital ou trabalho, de um dos partícipes dessa relação na aquisição de bens em nome do outro partícipe. Estas relações não podem ser regidas pelas normas do Direito de Família, mas, sim, devem ser reguladas pelo Direito das Obrigações, pelas normas constantes nos artigos 986 a 990 do Código Civil.

Graças à Jurisprudência, ou, melhor, à boa Jurisprudência, ocasionada pelo labor processual dos Advogados, há julgados que reconhecem como requisito da existência de união estável a convivência *more uxorio* ou moradia sob o mesmo teto para que a relação produza os efeitos familiares estabelecidos em lei[7].

---

estável, gerando indevidamente os seus efeitos". TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Artigo 1.723. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.). Código Civil comentado. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.807.

[7] "AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C.C. PARTILHA DE BENS. Não evidenciados os requisitos necessários ao reconhecimento da união estável. Além de não existir coabitação, as testemunhas não confirmaram que as partes conviviam como marido e mulher. Filha em comum, ao que tudo indica, foi fruto de um relacionamento passageiro (...) RECURSO DESPROVIDO" (TJSP, Apelação Cível, 1002668-20.2019.8.26.0564, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Paulo Alcides, j. 28/04/2020). "UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. AFFECTIO MARITALIS. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. 1. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 3. Não comprovada a intenção das partes de manterem um relacionamento visando a constituição de uma família, pois não havia nenhum impedimento, e não foi comprovada a coabitação entre os litigantes, não se verifica a união estável. Recurso provido" (TJRS, Apelação Cível 70083301499, 7ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27/05/2020). "APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. NATUREZA DO RELACIONAMENTO CONTROVERTIDA. PARTILHA. 1. (...) Ainda que a vida sob o mesmo teto não seja imperativo ao reconhecimento da união estável, é induvidoso que a coabitação indica, com relevância, a intenção do par de caminhar para uma relação de maior comprometimento e integração de vida, numa trajetória de casal,

Além disso, observe-se que é necessário, para configurar a união estável, que a constituição da família seja concomitante ao relacionamento vivenciado – não podendo estear-se apenas em um plano futuro. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em remédio a uma norma mal elaborada, aquela dos requisitos da união estável do art. 1.723 do Código Civil, inspirada ou, pior, forçada a seguir a Lei 9.278/96, como antes esclarecido, fez a diferenciação entre "namoro qualificado" e união estável [8], baseada em

---

compartilhando o seu dia a dia – e não como se apenas de namorados se tratasse, com individualidades preservadas, embora laços de amor, intimidade sexual e, no caso, a existência de uma filha. 2. (...) Em conclusão, pela importância constitucional conferida às entidades familiares (...) a cautela deve pautar ações desta natureza só se declarando a união estável que esteja efetivamente provada dos autos, nunca em situações dúbias, contraditórias, ou em que a prova se mostre dividida" (TJRS, Apelação Cível 70082181256, 8ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. 12/12/2019). "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS. - Para a configuração da união estável são indispensáveis alguns requisitos, quais sejam, dualidade de sexos, convivência duradoura e contínua, honrabilidade (respeito entre os conviventes), notoriedade de afeições recíprocas, fidelidade presumida, coabitação (no sentido de não aceitar o simples namoro ou relação passageira) e o objetivo de constituir família. - A coabitação não é elemento essencial para a caracterização de união estável, mas normalmente é um indício importante, sendo que se admite situações em que os conviventes não residem sob o mesmo teto, quando há um relevante motivo que impeça a concretização de tal circunstância" TJMG, Apelação Cível 1.0625.09.088938-1/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Dárcio Lopardi Mendes, j. 21/02/2013.

[8] "RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM

doutrina firme de Carlos Alberto Dabus Maluf [9]. Sabendo-se que a celeuma desse caso travou-se entre duas pessoas que resolveram morar sob o mesmo teto para dividir as despesas no período de dois anos em que ambos residiram no exterior, tendo voltado às casas de seus pais ao retornarem ao Brasil, e que, posteriormente, noivaram e se casaram, tendo depois se divorciado, o acórdão proferido no recurso especial acima mencionado pode servir de paradigma aos casais que decidiram pela coabitação no período de confinamento, dentro da dinâmica de isolamento social, por uma razão extraordinária, mas sem a simultânea constituição de uma família.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) desconsiderou um documento assinado com o reconhecimento de união estável para que o casal pudesse usufruir do mesmo clube desportivo, sendo que nos momentos mais difíceis da vida do falecido, quando internado longamente em hospital e também à beira da morte, não foi a suposta companheira quem cuidou do suposto convivente em processo que teve a Advocacia desta articulista e do Advogado Luís Eduardo Tavares dos Santos, seu sócio[10]. Em outro acórdão, foi reconhecido que o

---

CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO." (STJ, REsp 1.454.643/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3.ª T., j. 03/03/2015, DJe 10/03/2015).

[9] "No namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita." MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 374. V. também, MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A união estável e o namoro qualificado: uma diferenciação. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo: RDFAS, v. 9, n. 3, p. 52-68, jul.-set./2016.

[10] TJSP, Apelação Cível 1024646-98.2016.8.26.0001, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Giffoni Ferreira, j. 14/11/2017.

relacionamento em questão se tratava de "namoro qualificado", pois não havia o preenchimento dos requisitos para configuração de união estável[11].

Para além dos casos citados, a imprecisão a respeito do marco inicial e final de uma união estável é uma constante deste instituto. Para reduzi-la, instrumentos facultativos como pacto de união estável ou "contrato de convivência" podem ser celebrados, a fim de conferir segurança jurídica no que se refere à data de "nascimento" dessa relação como entidade familiar. Mas, destaque-se que esses pactos somente terão validade assegurada se lavrados em escritura pública, isto é, perante um Tabelionato de Notas, em razão da aplicação da disposição geral dos regimes de bens constante do art. 1.653 do Código Civil, em face do disposto no art. 1.725 do mesmo Diploma legal[12].

Não é uma mera aliança, ou mesmo um anel de brilhante de elevado valor, que prova a existência de união estável. Deve estar constituída uma família com notoriedade dessa relação e estabilidade, que se demonstra pela continuidade da família e pelo tempo de duração que não nos parece poder ser inferior a dois anos, por mais que os novos tempos da rapidez ou da celeridade que exige tudo que fazemos leve a

---

[11] "(...) o que transparece dos autos é que havia algum relacionamento entre a finada e o varão, podendo-se dizer até que mais aprofundado que mera amizade, mas nada que atinja o patamar bastante para merecer proteção legal. Relação amorosa não caracteriza união estável; e aqui não existe a mínima prova que fora do *animus* de constituir família, como o exige a Lei. Logo, verossímil a alegação de que a declaração de fls., somente fora assinada com o propósito de permitir o ingresso do Apelado em clube recreativo; vendo-se, ainda, que o pedido de ingresso do Requerido como sócio agregado deu-se três dias depois da assinatura de declaração de união estável - coisa que mais referenda a posição ora tomada" (TJSP, Apelação Cível 1000690-07.2019.8.26.0047, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador Giffoni Ferreira, j. 22/06/2020).

[12] "Os efeitos patrimoniais da união estável são de suma relevância, de modo que permitir aos companheiros, por mero instrumento particular, sem as formalidades próprias do instrumento público, a escolha de regime de bens diverso da comunhão parcial pode gerar graves danos a uma das partes, inclusive por erro, dolo ou mesmo coação, além de dúvidas e conflitos quanto à sua validade" MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 43ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

ideias turvas, pela falta de prazo previsto em lei, que alguns meses seriam suficientes à configuração de uma família[13].

Portanto, a coabitação temporária de casal de namorados ocorrida exclusivamente para o período de isolamento social não equivale à convivência “more uxório”, porque é passageira e condicionada a determinado conjunto de circunstâncias extraordinárias da pandemia do Coronavírus, que assola a população brasileira. Não há nesta situação a formação de uma família.

Coloca-se neste artigo a seguinte hipótese, sabendo-se que numa união estável o companheiro sobrevivo é herdeiro, concorrendo com os descendentes e ascendentes na ordem de vocação hereditária, por interpretação, embora equivocada, do Supremo Tribunal Federal (STF), desde que o *de cujus* não tenha excluído, por testamento, o convivente sobrevivo da sua sucessão[14].

Ademais, saliente-se que quando uma pessoa com idade igual ou superior a setenta anos inicia uma união estável, o regime de bens dessa relação, em razão da aplicação das disposições gerais dos regimes

---

[13] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Não é uma aliança ou um contrato que prova uma união estável. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 29 nov. 2018, Blog Fausto Macedo. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nao-e-uma-alianca-ou-um-contrato-que-prova-uma-uniao-estavel/. Acesso em: 29/06/2020.

[14] O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721-RS e nº 878.694-MG, determinou que o regime do art. 1.829 do CC/2002 aplica-se tanto ao casamento quanto à união estável. Contudo, não houve total equiparação dos regimes sucessórios, de modo que o art. 1.845 do CC/2002 (“São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”), permanece vigente. Como o companheiro não é herdeiro necessário, pode ser excluído da herança por testamento, o que resultou dos trabalhos da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), como *amicus curiae*, conforme esclarecido em TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A liberdade testamentária de quem vive em união estável. Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, São Paulo, 6 mai. 2020. Disponível em: http://adfas.org.br/2020/05/06/liberdade-testamentaria-de-quem-vive-em-uniao-estavel/. Acesso em: 04/07/2020. E também: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Distinção entre a herança na união estável e no casamento. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 18 jul. 2019, Blog Fausto Macedo. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/distincao-entre-a-heranca-na-uniao-estavel-e-no-casamento/. Acesso em: 04/07/2020.

de bens do casamento (Código Civil, art. 1.641, II), será imperativamente o da separação obrigatória, o que é inevitável na redação do art. 1.724 do Diploma Civil[15].

E não se pode olvidar que esse mesmo regime da separação obrigatória aplica-se a quem tiver iniciado união estável sem realizar a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal anterior, entidade familiar que pode ser assim mesmo constituída, conforme art. 1.723, § 1º do Código Civil, mas que será regida pela separação legal ou obrigatória de bens (Código Civil, art. 1.641, I, c/c art. 1.523, III)[16].

Em sequência, retoma-se a indagação sobre se a separação do casal por algum tempo implicaria na indiscutível extinção da entidade familiar[17]. Vale dizer que a existência da união estável permanece impoluta em casos em que há justa causa para a descontinuação ocasional da coabitação. Dentro do contexto atual, evidentemente que uma dessas causas pode ser o afastamento temporário, ainda que por

---

[15] STJ, EREsp 1.623.858/MG, rel. Ministro Lázaro Guimarães, 2ª Seção, j. 23/05/2018. STJ, AgRg no AREsp 675.912/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 2/6/2015. STJ, 1.124.859/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, j. 26/11/2014. Aliás, "não faria qualquer sentido a lei tratar diversamente a pessoa que se casa com causa suspensiva ou com mais de setenta anos, submetendo-a obrigatoriamente ao regime da separação de bens, e aquela que passa a viver em união estável, nas mesmas circunstâncias, já que a finalidade protetiva da lei é a mesma para ambos os casos" MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 43ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95.

[16] "(...) esta é a única solução para os graves problemas da confusão patrimonial advinda da possibilidade de constituição de união estável por pessoa casada e separada de fato" MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família*. 43ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

[17] "RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PREVISÃO LEGAL. CABIMENTO. ÔNUS DA PROVA. UNIÃO DURADOURA, PÚBLICA E CONTÍNUA. COABITAÇÃO. COMPROVAÇÃO (...) O fato de companheiros, que viviam na mesma residência, passarem a morar em locais diferentes, indica que a relação estável, duradoura, pública e com a finalidade de constituir família foi interrompida, o que atrai a quem alega o contrário o ônus de provar a subsistência dos requisitos que caracterizam a união estável. 4. Recurso conhecido e não provido" (TJDFT, Apelação Cível 0010451-16.2017.8.07.0003, 8ª Turma Cível, Rel. Desembargador Diaulas Costa Ribeiro, j. 01/04/2020).

vários meses, de um dos companheiros, objetivando, por exemplo, o cuidado e tratamento de parentes que compõem grupo de risco da pandemia causada pelo COVID-19.

Em conclusão final, deve-se reiteradamente homenagear os Advogados por inteligente e incansavelmente possibilitarem a correta interpretação pelos Tribunais da norma legal aberta e imperfeita sobre os requisitos da união estável, que se origina da Lei 9.278/1996, em razão de exigências regimentais do Congresso Nacional quando foi processado o Projeto de lei do atual Código Civil.

REFERÊNCIAS

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **A união estável e o namoro qualificado: uma diferenciação**. Revista de Direito de Família e das Sucessões (RDFAS), São Paulo: RDFAS, v. 9, n. 3, p. 52-68, jul./set. 2016.

______. **Curso de Direito de família**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil, v. 2: direito de família**. 43ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil, v. 5: Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **A liberdade testamentária de quem vive em união estável**. Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, São Paulo, 6 mai. 2020. Disponível em: http://adfas.org.br/2020/05/06/liberdade-testamentaria-de-quem-vive-em-uniao-estavel/. Acesso em: 04/07/2020.

______. Artigo 1.723. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.). **Código Civil comentado**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

______. **Contrato de namoro**. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 21 set 2016, Blog Fausto Macedo. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/contratodenamoro/ e http://adfas.org.br/2016/09/21/contrato-de-namoro/. Acesso em: 04/07/2020.

______. **Distinção entre a herança na união estável e no casamento**. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 18 jul. 2019, Blog Fausto Macedo. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/distincao-entre-a-heranca-na-uniao-estavel-e-no-casamento/ e http://adfas.org.br/2019/07/18/distincao-entre-a-heranca-na-uniao-estavel-e-no-casamento/. Acesso em: 04/07/2020.

______. **Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável**. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (Org.). Família e Pessoa: uma questão de princípios. São Paulo: YK, 2018. p. 571-617.

______. Não é uma aliança ou um contrato que prova uma união estável. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 29 nov. 2018, Blog Fausto Macedo. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nao-e-uma-alianca-ou-um-contrato-que-prova-uma-uniao-estavel/ e http://adfas.org.br/2018/11/29/nao-e-uma-alianca-ou-um-contrato-que-prova-uma-uniao-estavel/. Acesso em: 29/06/2020.

______. **O mal falado contrato de namoro**. Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, São Paulo, 26 fev. 2016. Disponível em: http://adfas.org.br/2016/02/26/o-mal-falado-contrato-de-namoro/. Acesso em: 04/07/2020.

QUAIS AS REPERCUSSÕES DO ISOLAMENTO SOCIAL NA (DES)CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL?

Danielle Spencer*

É sabido que os desafios que estão sendo vivenciados pela sociedade, em razão do isolamento social imposto por determinação estatal e em prol de nossa saúde, são de natureza multidisciplinar. Além das dificuldades e riscos inerentes à pandemia, o afastamento coletivo constitui uma medida restritiva aparentemente eficaz, em virtude de ausência de vacina, o que reverberou em nossas relações familiares, pois invadiu nossas casas e nos colocou em uma convivência *full time*. No mais, a mudança de costumes nos envolvimentos amorosos obriga a sociedade ser mais flexível e ávida às transformações de paradigmas, impondo-se a (re)construção de conceitos jurídicos (como: união estável, namoro e noivado), para que o princípio da liberdade continue a ser a base do Direito Civil, respeitando-se o direito de família mínimo, ou seja, a atuação estatal sobre as relações familiares deve ser a menor possível, sendo imprescindível em termos de vulnerabilidade (v.g. idosos, incapazes, violência doméstica).

Dessa forma, convém refletir sobre os impactos dessa pandemia nos arranjos familiares, notadamente, no instituto da União Estável, fazendo-se necessário analisar sua (des)configuração. Isso ocorre porque: a uma, muitos ex-casais tiveram que restabelecer o diálogo (mesmo que forçadamente) para negociarem novas possibilidades para nesse período conviver com seus filhos e uma solução encontrada, protegendo os filhos, foi o retorno à coabitação; a duas, um casal de namorados que resolveu morar juntos durante a pandemia, por questões práticas, como a casa de um deles é mais estruturada que a do outro ou simplesmente porque não querem se distanciar. Daí, indaga-se: a

* Doutora em Direito pela UFPE, Advogada e Professora Universitária.

convivência pública, contínua e duradoura "forçada", associada à coabitação nessas situações acima exemplificadas, impulsionadas pelo isolamento social, configuram União Estável?

De imediato, afirmo que é uma questão bastante controvertida, seja em razão da natureza jurídica ou pela dificuldade de comprovar a existência desse arranjo familiar. Urge, pois, compreender os requisitos imprescindíveis à sua constituição, entre eles, destaca-se o objetivo de constituir família, conforme se depreende do art. 226, §3º, Constituição Federal/88 c.c. art. 1723, Código Civil/02, a fim de esclarecer aludida situação. *In verbis:*

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> [...]
> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na **convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família**.
> § 1 A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
> § 2 As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (sem destaques no original).

É possível constatar, com base no dispositivo legal, que não há um conceito preciso de união estável, mas, tão somente, a apresentação de suas características, o que consubstancia uma verdadeira cláusula geral a sua constituição e, consequentemente, representa um grande desafio do direito de família contemporâneo defini-la. A preocupação da lei é, portanto, identificar a relação pela presença de seus elementos objetivos e/ou subjetivos. Todavia, é crucial ter o domínio e compreensão desses

elementos caracterizadores, a fim de evitar sua confusão com outros institutos assemelhados (namoro e/ou noivado). Por sinal, “Não é fácil codificar tema que está sujeito a tantas e tantas transformações sociais e culturais.”[1]. Ora, se definir esse instituto em situações normais ou típicas já é desafiador, imagine defini-lo em épocas atípicas ou anormais, como a que estamos vivenciando na atualidade!

Por conseguinte, convém trazer à baila o posicionamento de alguns doutrinadores e julgados que corroboram com a temática, elucidando sua natureza jurídica e seus pressupostos, a saber: convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família, denominados de elementos caracterizadores essenciais; enquanto a prole, o tempo e a coabitação seriam os acidentais[2]. É relevante esclarecer se a natureza jurídica da união estável é um ato fato ou um ato jurídico *stricto sensu*, pois se compreendida como um ato fato, todos os pressupostos, inclusive o objetivo de constituir família, serão considerados requisitos de ordem objetiva; mas se considerar como ato jurídico sentido restrito, apenas, os três primeiros serão de ordem objetiva, enquanto o último assumirá um caráter subjetivo. E essa análise implicará na resposta ao nosso questionamento em fomento.

Segundo Paulo Lôbo e Rodrigo da Cunha Pereira, a união estável é um ato fato, significa dizer que, embora a vontade esteja na sua essência, o direito a desconsidera e atribui juridicidade ao resultado dessa vontade. Eis que a convivência pública, contínua e duradoura são situações fáticas e objetivas; portanto, se houver divergência entre a vontade das partes e os suportes fáticos, estes irão se sobrepor àquela, conforme se depreende das transcrições abaixo:

> Com tais características, a união estável, no direito brasileiro, não é fato jurídico em sentido estrito, ou ato jurídico em sentido estrito, ou negócio jurídico. É fato

[1] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 170.

[2] TARTUCE, Flávio. **Direito civil; v.5,** Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 292.

> juridicamente não volitivo, ainda que de origem faticamente volitiva (ações e comportamentos). Neste sentido é ato-fato jurídico.
> Por ser ato-fato jurídico, a união estável não necessita de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica.[3]
> [...]
> É que na união estável, nem sempre as pessoas têm a intenção de constituir um núcleo familiar, como acontece no casamento. Na maioria das vezes começa como um namoro, sem intenção de família e o tempo vai transformando aquela despretensiosa relação em entidade familiar. Portanto a união estável é ato-fato jurídico. Daí a grande dificuldade de se estabelecer o termo inicial da união. Às vezes nem mesmo as partes sabem quando o namoro se transformou em união estável, [4]

Dessa forma, as razões ("pandêmicas"), materializadas nas vontades das partes, que as levaram a conviver *full time*, quando se analisa a união estável como ato-fato, não devem ser consideradas, mas, simplesmente, a consequência dessa vontade. Significa dizer que: o isolamento social repercutiu na configuração desse modelo de família.

Por sua vez, Maria Berenice Dias[5] sustenta que a união estável é um ato jurídico, exigindo-se, apenas, sua efetiva convivência *more uxório*, conforme se constata do texto que subsegue:

---

[3] LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+ato-fato+jur%C3%ADdico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais. Acesso em 24.06.20.

[4] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Em nome da liberdade, a união estável tem de se manter diferente do casamento.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento. Acesso em 24.06.20.

[5] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 170.

> Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. O que se exige é a efetiva convivência *more uxório*, com características de união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados.

Dessa forma, considerando a união estável um ato jurídico em sentido restrito, tem-se uma situação baseada na vontade das partes, cuja intenção de constituir família será seu elemento subjetivo e determinante para o ato, embora seus efeitos pessoais e patrimoniais estejam previamente estabelecidos pela lei (arts. 1724 e 1725, Código Civil/02). Corroborando com esse posicionamento, leciona Cristiano Chaves[6], ao confrontar os dispositivos legais art. 226 §3º, da Lei Maior, e art. 1723, do Estatuto do Cidadão, que:

> ...a união estável está submetida a alguns elementos essenciais: (i) diversidade de sexos; (ii) estabilidade; (iii) publicidade; (iv) continuidade; (v) ausência de impedimentos matrimoniais. É bem verdade que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal, que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência *more uxorio*). É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como se casados fossem apresenta-se como elemento principal, fundamental para a caracterização da entidade familiar. Enfim, é verdadeira *conditio sine qua nom*. Os demais elementos, assim, podem ser compreendidos de forma acessória, pois a presença deles, sem o *animus familae*, não implicará no reconhecimento de uma união estável. (realces no original).

Outrossim, segundo Paulo Nader[7] a

---

[6] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 448.

[7] NADER, Paulo. **Curso de direito civil; v.5.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 476

> Convivência, como a própria etimologia da palavra orienta (*cum vivere*, isto é, *viver com*), implica a vida em comum, relação assídua, constante, permanente. Há um processo contínuo de interação, um permanente *estar com o outro*. Os conviventes podem até não coabitar, mas é indispensável a comunhão de vida. A solidariedade, a preocupação com o outro são também características da união. [...] Para a definição da entidade familiar não é exigível que os companheiros tenham vida social, participando de eventos, encontros ou festas, mas a sua relação não pode ser furtiva, às escondidas, sigilosa, típica dos amantes que não desejam se notados.

É válido, ainda, colacionar o posicionamento de Cristiano Chaves[8] sobre os elementos caracterizadores da união estável, como: estabilidade (convivência prolongada no tempo, durante bons e maus momentos, a repartição das alegrias e tristezas experimentadas reciprocamente, a expectativa criada entre ambos de alcançar projetos futuros comuns), continuidade (verificação da solidez do vínculo, onde o relacionamento permanece, transpassando o tempo e não sofrendo interrupções constantes), publicidade (sua prova ocorre de forma invertida, ou seja, não pode ser sigilosa, clandestina, pouco importando se muitas ou poucas pessoas dela têm conhecimento).

Portanto, se considerar a união estável um ato jurídico *stricto sensu*, será de suma relevância considerar a vontade "pandêmica" que levou as partes a compartilharem a vida em tempo integral nesse período; logo, se a razão dessa convivência é tão somente de ordem práticas, a repercussão do isolamento social não configura esse arranjo familiar.

No mais, a intenção de família, também conhecida como *affectio maritalis* ou *aninus familiae*, estará configurada quando observado o

---

[8] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 455-457.

tractatus (tratamento dos companheiros) e o *reputatio* (reconhecimento social de seu estado)[9]. É o que se depreende da transcrição abaixo:

> O vínculo entre o homem e a mulher, na união estável, constitui efetivamente uma família, Esta existe quando os elos vão além das motivações materiais. Há família quando as pessoas vivem solidariamente, participando dos momentos de alegria e associando-se nas adversidades. Ou seja, há *affectio maritalis*. Não é essencial o propósito de formação da prole, pois do contrário as pessoas incapazes de procriarem estariam impedidas de se ligar em união estável.
> O legislador exige o objetivo da união estável a constituição de família. A impropriedade da afirmação é evidente, pois, ao ser constituída, a família já é uma realidade. Como os autores advertem, se tal objetivo constituísse a união estável, esta passaria a existir a partir do namoro ou noivado.[10]

De fato, a linha é tão tênue entre o namoro qualificado e a união estável, que é possível observar uma certa contradição na distinção entre os institutos, com base no objetivo de constituir família por alguns autores, a exemplo de Paulo Nader e Cristiano Chaves. Conforme foi constatado na transcrição supra, o elemento subjetivo (*affectio maritalis*) é essencial para diferenciar aludidas entidades; por outro lado, afirma que a família já está constituída tanto no namoro quanto no noivado, sendo uma impropriedade alegar que o caráter subjetivo é o que constitui uma união estável. Da mesma maneira, sustenta Cristiano Chaves[11], por meio do translado infra, inicialmente, que há a intenção de constituir família tanto no namoro quanto no noivado, o que ocorre é que neles não

---

[9] TARTUCE, Flávio. **Direito civil; v.5,** Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014, p. 292.
[10] NADER, Paulo. **Curso de direito civil; v.5.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 477
[11] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 439 e 450.

há uma convivência marital; mas, em seguida, assevera que é o *intuito familiae* que particulariza a união estável dos institutos afins. *In litteris*:

> Utiliza-se a expressão *união livre* para designar as relações mantidas entre pessoas que, não sendo casadas entre si e não convivendo maritalmente, sem formalidades, com intenção de constituir família, mantêm uma comunhão de afetiva. É o exemplo tão evidente do namoro ou mesmo noivado. (destaque no original).
> [...]
> Nesse passo, é o *intuito familiae*, também chamado de *affectio maritalis*, que distingue a união estável de outras figuras afins, como, por exemplo, um namoro prolongado, afinal os namorados não convivem como se estivessem enlaçados pelo matrimônio. Também aparta a união estável de um noivado, pois neste as partes querem, um dia, estar casadas, enquanto naquela os companheiros já vivem como casados. (destaque no original).

Portanto, como, realmente, notabilizar a união estável, se entre os próprios autores há uma (in)determinação quanto à identificação dessa entidade familiar com seus institutos afins (namoro qualificado e noivado)? Existe ou não o caráter subjetivo de constituir família no namoro qualificado e noivado? É, com efeito, esse aspecto intencional que separa a união estável dos seus institutos afins? Entretanto, uma coisa é certa: qualquer uma dessas associações ou comunidades está sedimentada na mesma base sólida do afeto. Por isso, reitera-se, o questionamento insculpido no título desse artigo é controvertido.

A fim de instigar a reflexão e o debate, interessante colacionar o posicionamento de Paulo Lôbo sobre o *animus familiae* como elemento objetivo e não subjetivo da união estável. *In litteris*:

> Nesse sentido, o objetivo de constituição de família não apresenta características subjetivas, devendo ser aferido de modo objetivo, a partir dos elementos de configuração real e fática da relação afetiva (a exemplo da convivência

> duradoura sob o mesmo teto), para se determinar a existência ou não de união estável.
> As expressões “com objetivo de constituição de família” têm o mesmo significado de natureza familiar. A configuração da natureza familiar da união estável não depende de qualquer ato de vontade, ou seja, da vontade de constituir família. Ainda que os companheiros ou conviventes declarem expressamente, em algum ato jurídico, que não desejam constituir família, a natureza desta será apurada objetivamente pelo juiz, ante as circunstâncias fáticas. Se de ato de vontade se cuidasse, não haveria necessidade de ser apurada a publicidade, a duração, a continuidade, que são situações fáticas objetivas.[12]

O que, por sinal, pode servir como mais uma justificativa para configuração da união estável, em virtude dos impactos do isolamento social, quando da decisão das partes de conviverem *full time*.

Destarte, com base nos posicionamentos doutrinários, pode-se concluir que, se a natureza jurídica da união estável é de um ato jurídico *stricto sensu*, então, deve a vontade ou intenção (elemento subjetivo) das partes de constituir ou não uma família ser imprescindível para formação do arranjo familiar: união estável. Válido, portanto, reforçar que o *animus* de viver como se casados fossem é fundamental para a existência dessa entidade familiar, pautada na comunhão de vidas no sentido material e imaterial, bem como na troca de afetos e na soma de objetivos comuns, de diversas ordens, consolidando o caráter familiar da relação[13], ou seja, a repercussão do isolamento social não configuraria uma união estável. Todavia, se considerar a união estável um ato-fato, bem como o *affectio maritalis* elemento de ordem objetiva, a vontade do casal deve ser

---

[12] LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+ato-fato+jur%C3%ADdico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais. Acesso em 24.06.20.

[13] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 449.

desconsiderada e o resultado dela sim ser reconhecido juridicamente, isto é, os impactos desse isolamento constituiriam aludido arranjo familiar.

Por sinal, nada impede os namorados que resolverem partir para uma união estável, formalizarem, mediante instrumento público ou particular, a sua intenção, o que, aliás, não se terá de imediato a criação dessa entidade familiar, como adverte Paulo Nader[14]:

> O documento não produzirá tal efeito. Poderá, apenas, no futuro, valer como início de prova. Por outro lado, não terá o poder de vincular os declarantes. Caso um deles desista de sua intenção, poderá o outro, se for o caso, pleitear indenização por despesas efetuadas em função da pretendida entidade familiar.

Por outro lado, se optarem pela realização de um contrato de namoro, em tempos de pandemia, pode ser uma alternativa para desmistificar a verdadeira intenção do casal quando da decisão de conviverem *full time* não configurar uma união estável, mas, sim, um namoro qualificado materializado por meio de uma relação pública, contínua e duradoura, que se intensificou com o tempo. A escolha pela celebração desse tipo de contrato constitui uma possibilidade para resguardar a incomunicabilidade patrimonial do casal de namorados. Convém trazer a lume a posição de Maria Berenice Dias[15] que corrobora com esse entendimento, *in litteris:* “Diante da situação de insegurança, começou a se decantar a necessidade de o casal de namorados firmar contrato para assegurar a **ausência de comprometimento** recíproco e a **incolumidade do patrimônio** presente e futuro.” É certo que se houver esforço comum na aquisição de patrimônio por esse casal de namorados, impõe-se o dever de partilhar o bem adquirido, podendo, se necessário,

[14] NADER, Paulo. **Curso de direito civil; v.5.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 472.
[15] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 186.

ajuizar ação de dissolução de sociedade de fato em vara cível, cujo fundamento será o art. 884 do Código Civil /02.

Quiça, o legislador, por não ter optado por um rigor conceitual do instituto, tenha consentido que a tarefa da (des)configuração da união estável caiba ao juiz, diante do caso concreto. Aliás, em sede jurisprudencial, adota-se o critério da teoria da primazia da realidade, uma vez que é mais importante o *tractatus* e o *reputatio* entre as partes do que a existência de contratos escritos; tanto é que a coabitação não é elemento indispensável à caracterização da união estável, como se constata na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal (STF), a saber: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".

No mais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se pronunciou recentemente (2019) acerca da coabitação para desconfiguração da união estável, a saber:

> A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que o namoro de dois meses com coabitação de duas semanas não é suficiente para evidenciar a estabilidade de um relacionamento como união estável. Com esse entendimento, o colegiado deu provimento ao recurso especial do filho de um homem falecido para julgar improcedente o pedido de reconhecimento e dissolução da união estável da namorada do pai dele.
> [...]
> O pedido foi julgado procedente em primeiro grau e a apelação do herdeiro foi negada no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o qual considerou que o reconhecimento da união estável acontece independentemente do tempo, sendo necessário demonstrar a convivência duradoura com o intuito de constituição familiar.[16]

---

[16] BRASIL. STJ. Coabitação por duas semanas não significa estabilidade capaz de caracterizar união estável. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Coabitacao-por-duas-semanas-nao-significa-estabilidade-capaz-de-caracterizar-uniao-estavel.aspx Acesso em 24.06.20.

Poder-se-á, então, por analogia, inferir que a coabitação do casal de namorados-noivos em tempos pandêmicos, por si só, não reflete o arranjo familiar da união estável, se não estiver aliado, cumulativamente, aos outros elementos caracterizadores dessa entidade familiar, a saber: convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família. São, portanto, elementos indissociáveis da união estável, como adverte o Relator Ministro Luis Felipe Salomão do STJ:

> ... o legislador definiu união estável como entidade familiar "configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família", nos termos do **artigo 1.723** do Código Civil.
> [...]
> O ministro ressaltou que as normas, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo alguns requisitos essenciais para sua configuração: estabilidade; publicidade (*modus vivendi*); continuidade, e objetivo de constituição de família. Em seu voto, lembrou precedente da Terceira Turma segundo o qual é necessária a presença cumulativa desses requisitos.[17]

Por sinal, embora não haja delimitação de tempo mínimo para constituição da união estável, é indispensável a estabilidade da relação, a qual pode ser caracterizada pela partilha de projetos de vida, dividindo-se os desafios e as conquistas, as tristezas e alegrias; enfim, a comunhão de vida no sentido material e imaterial. É o que se constata da transcrição abaixo, *in verbis:*

> Para o ministro, diante das dificuldades de delimitar as fronteiras entre namoro e a união de fato, deve-se adotar a técnica da ponderação, conforme o parágrafo 2° do artigo 489 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, pontuou que sempre "deverá haver a constatação deste elemento

---

[17] BRASIL. STJ. Coabitação por duas semanas não significa estabilidade capaz de caracterizar união estável. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Coabitacao-por-duas-semanas-nao-significa-estabilidade-capaz-de-caracterizar-uniao-estavel.aspx Acesso em 24.06.20.

> finalístico, interno, moral que é o objetivo de constituir família, pois essa é a chave hermenêutica para o reconhecimento ou não da entidade familiar".
> [...]
> Salomão observou que, apesar de não haver precedente específico tratando da durabilidade ou de um tempo mínimo de convivência, o STJ já destacou ser imprescindível que haja a estabilidade da relação.
> [...]
> Para o ministro, no caso, ainda que não se tenha dúvidas quanto à intenção do casal de constituir família, "o mero intento não basta para concretizar a união de fato". Dessa forma, concluiu que não há falar em estabilidade, em comunhão de vida entre duas pessoas, no sentido material e imaterial, numa relação de apenas duas semanas.[18]

Interessante, ainda, trazer à baila os seguintes julgados que corroboram com a tese para (des)configurar a união estável, mesmo em tempos de isolamento social, a saber:

> Não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável. Mesmo que pública e duradoura e celebrada em contrato escrito, com relações sexuais, com prole, e, até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento subjetivo fundamental consistente no desejo de constituir família. Nesse passo, afastada a configuração da formação de união estável, no caso concreto, reconhece-se como transação particular de direitos disponíveis o acordo firmado entre as partes e apresentado a Juízo para homologação.
> STJ, REsp 1558015/ PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4a Turma, DJe 23/10/2017.
>
> (...) A só projeção da formação de uma família, os relatos das expectativas da vida no exterior com o namorado, a **coabitação, ocasionada, ressalta-se, pela contingência e interesses particulares de cada qual, tal como esboçado**

[18] BRASIL. STJ. Coabitação por duas semanas não significa estabilidade capaz de caracterizar união estável. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Coabitacao-por-duas-semanas-nao-significa-estabilidade-capaz-de-caracterizar-uniao-estavel.aspx Acesso em 24.06.20.

> **pelas instâncias ordinárias, afiguram-se insuficientes à verificação da *affectio maritalis* e, por conseguinte, da configuração da união estável.** (...) O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado **"namoro qualificado"**-, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. (...) Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, **por contingências e interesses particulares** (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, **e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente.** Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social. (...) Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente **anterior à celebração de seu matrimônio** (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), **não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado,** em que, em virtude do estreitamento do relacionamento **projetaram para o futuro - e não para o presente -, o propósito de constituir uma entidade familiar,** desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o **casamento.**"
> STJ, REsp 1454643/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3a Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015.

É possível perceber que, no primeiro julgado (2017), a presença dos elementos publicidade, durabilidade, coabitação e até a identificação da relação por meio de um contrato escrito, não foi suficiente para a caracterização da união estável, se ausente estiver o requisito de caráter subjetivo de constituição de família. Por sua vez, no segundo *decisum* (2015), a coabitação, por contingências e interesses particulares, mesmo antecedendo uma relação pública, contínua e duradoura, também não

constitui uma união estável, se presente não estiver o *affectio maritallis*, mas, tão somente, um namoro qualificado. Logo, poder-se-á utilizar dos mesmos argumentos para a (des)configuração da união estável em tempos de isolamento social e, consequentemente, sua repercussão nas esferas pessoais (lealdade, assistência e respeito) e patrimoniais (regime de bens, alimentos, direito sucessório) dos partícipes da relação.

Enfim, impõe-se ao Estado cumprir o desiderato constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana, ou seja, é dever estatal respeitar a decisão de cada indivíduo em formar ou não uma família, consubstanciando o direito de família mínimo e preservando a liberdade de escolha das partes, imputando a elas a responsabilidade por suas ações, o que denota uma preocupação com os sujeitos que compõem a comunidade de afeto, como adverte Cristiano Chaves[19]:

> Com efeito, o Texto Magno atribui especial proteção do Estado à família (inclusive àquela não fundada em matrimônio), deixando antever o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. È que partindo de uma concepção instrumentalista da família, é possível afirmar que a tutela jurídica dedicada à família não se justifica em si mesma. Isto é, não se protege a família por si mesma, mas que, através dela, sejam tuteladas as pessoas que a compõem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STJ. **Coabitação por duas semanas não significa estabilidade capaz de caracterizar união estável**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Coabitacao-por-duas-semanas-nao-significa-estabilidade-capaz-de-caracterizar-uniao-estavel.aspx.

---

[19] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 427.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas, 2015.

LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+atofato+jur%C3%ADdico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais. Acesso em 24.06.20.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Em nome da liberdade, a união estável tem de se manter diferente do casamento.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento. Acesso em 24.06.20

TARTUCE, Flávio. **Direito civil; v.5,** Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

CONFINAMENTO COMO LOCUS DE (DES)UNIÕES EM NOVOS ARRANJOS

Jones Figueirêdo Alves*

Não há negar que os fatos da vida desafiam o direito, “mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar” (REsp. nº 889852-RS).

Em sede dos atuais confinamentos sociais, provocados pela pandemia do Coronavid19, isolando pessoas dos seus convívios expandidos, como interpretar esse novo “*locus*” em sua experiência inusitada?

A um só tempo, as repercussões do isolamento suscitam sutilezas de interpretação, quando reúna no mesmo *habitat* pessoas não parentais, em arranjos de uniões ali vivenciadas ou, em sentido oposto, separa por razões do confinamento social, pessoas até então reunidas em uniões informais, havidas estáveis.

As duas vertentes mereceram imediatas e importantes reflexões da doutrina.

01. Zeno Veloso analisando, com proficiência, anota situações ocorrentes onde casais jovens, em namoro ou noivado, resolvem compartilhar o confinamento, passando a morar juntos. Pondera que “a convivência não foi decidida por um acordo, espontaneamente, mas em decorrência de uma eventualidade, da conveniência, por causa da pandemia, que estava dificultando o relacionamento deles”. Indaga como chamar a esse novo tipo de relacionamento ou que efeitos jurídicos eles terão, a exemplo da destinação da propriedade dos bens móveis,

* Desembargador decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Integra a Academia Brasileira de Direito Civil.

eletrodomésticos, utensílios; etc., adquiridos durante o confinamento convivido a dois.[1]

Flávio Goldberg, a seu turno, flagra o casal que tendo o firme propósito de constituir família, tem sua convivência contínua interrompida pela "contingência do afastamento físico por meses a fio, para cuidar, por exemplo, de parentes idosos", tudo a desafiar o instituto jurídico da união estável.[2]

Na primeira hipótese, o acontecimento episódico do par afetivo que delibera temporada de maior aproximação, não configura entidade familiar no pressuposto constitutivo dos requisitos cumulativos do art. 1.723 do Código Civil. A convivência não terá o *animus familiae*, por constituir uma mera "convivência por conveniência", aferível pelas circunstâncias de sua formação. A pressuposta entidade estará sempre a depender de sua concretização adiante, mercê dos demais requisitos, a tanto que Mário Delgado admite que "a união estável não prescinde da conjugalidade (no sentido de *affectio maritalis*)".

Assim, não se pense que mesmo a durar mais tempo o confinamento, não resultará alcançada a configuração da união estável, justamente à falta da sua intencionalidade subjacente. Logo, uma união de fato, iniciada no confinamento, tem o seu potencial de vir a ser uma união estável ou de não se caracterizar como tal, à falta de qualquer um dos seus elementos. É significante, inclusive, que essa união iniciada, atinja o seu grau de eficácia própria e, com isso, venha a confirmar a sua estabilidade pela efetiva convivência pública que sua caracterização irradia.

No plano fático, opera-se, em bom rigor, um pacto de convivência preliminar, quando o casal se reúne no confinamento, para a experiência pessoal de viverem juntos. Não será, por óbvio, um

---

[1] VELOSO, Zeno. *Relacionamento familiar em tempos de pandemia*. "O Liberal", Belém do Pará, 27.06.2020, p. 02.

[2] GOLDBERG, Flávio. *Confinamento pela Covid 19 faz crescer no Brasil o instituto da União Estáve*l. In: Consultor Jurídico, 15.06.2020. Web: https://www.conjur.com.br/2020-jun-15/goldberg-carater-subjetivo-uniao-estavel-confinamento.

contrato tácito para a configuração de união estável, havendo, nessa latitude, ponderado Rosa Maria de Andrade Nery "qual seria a eficácia do contrato de união estável entre pessoas que ainda não concretizaram o efetivo convívio proposto?".[3]

Ora bem. A família é a representação mais intima do que seja afetividade, consagrada em comunhão, como uma comunidade perfeita de amor; a tanto que comunidade quer dizer "*comum unidade*". Segue-se, então, pensar que muitas são as famílias em suas entidades próprias, quanto significativo é dizer que todas elas serão constituídas pelo afeto e com ânimo de permanência e consolidação.

De efeito, a união estável como entidade familiar, espécie de família constituída (art. 226, par. 3º, CF), com sua tipicidade jurídica (1.723, Código Civil) e adiante estendida para as uniões homoafetivas (ADPF nº 132-RJ e Adin 4277-DF, julgadas pelo STF), baseia-se, substancialmente, na afetividade. Assim, o confinamento como o novo *locus* de convivência de adesão, terá em seu tempo atual, apenas um suposto termo inicial da união de fato entre os parceiros, certo não instituir, de plano, a união estável; porquanto de eficácia condicionada tal convivência, a depender do implemento ulterior dos seus elementos caracterizadores.

Nota de maior necessidade, portanto, envolve o elemento gênese de seu reconhecimento, a partir dos pressupostos de estabilidade, contidos nas expressões "contínua" e "duradoura", referidas pelo artigo 1.723 do Código Civil para a configuração da união estável. Veremos, então, que mesmo não se exigindo prazo mínimo algum (elemento tempo) ou outros elementos acidentais (prole e coabitação), caso é de se observar o "*start*" (encetamento, começo) para os fins do reclamo de uma verdadeira "cláusula geral de constituição" da união estável, como denomina Flávio Tartuce [4] a empreender jornada de obtenção aos aludidos pressupostos (continuidade e duração), além do "*animus*

---

[3] *Manual de Direito Civil – Família*, ed. RT, 2013, p. 181.
[4] *Manual de Direito de Família*, 2013, 3ª ed., GEN/Método, p. 1166.

familiae", outro elemento decisivo e caracterizador, somado ao da publicidade da união existente.

O confinamento a dois poderá servir, decerto, como acontecimento de influência futura, na dependência inexorável da convivência de tempo extensivo/duradouro, nele continuado ou fora dele; não significando, todavia, que a coabitação temporária implique em projeto de união estável ou a proclamação de sua existência.

02. Com mesma identidade fundante de razões, importa refletir a segunda hipótese, a de não desconfigurar a união estável, ante eventual ausência do parceiro, que não compartilhe, agora, o confinamento.

Ante de mais, impende reconhecer que: i) o elemento coabitação não constitui requisito objetivo da união; (ii) a ruptura imposta do convívio dos parceiros, ditada por repercussões invencíveis da pandemia, não implica na ruptura da união, ante a ausência

Estando presentes, de fato, na experiência pessoal do casal, a convivência duradoura dos companheiros ("*honor matrimoni*") e a intenção de assim se considerarem mutuamente como conviventes ("*affectio maritalis et uxoris*"), a excepcionalidade dos dias de pandemia, não servirá a desconstruir a estabilidade dominante da união preexistente.

A lei não inclui a coabitação como elemento indispensável à caracterização da união estável, servindo tão-somente como "dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família" (AgRg no AREsp 59256 / SP). De igual modo, eventual afastamento daquele que coabita, de forma momentânea, por razões excepcionais da pandemia, não poderá descaracterizar a estabilidade. Uma pretensa dissolução exigirá a determinada manifestação de vontade de um deles, para a qual a não convivência imediatamente anterior (separação de fato) também não servirá de pressuposto necessário a essa dissolução.

03. Bem é certo considerar, outrossim, que o elemento objetivo diferenciador entre (i) o namoro qualificado - a permitir, inclusive, relações mais intimas e coabitação - e (ii) a união estável situa-se no

animo de constituir família, onde a vida a dois exige tomada de decisões mutuas, com os deveres do art. 1.794 do Código Civil.

(i) Julgamento do Superior Tribunal de Justiça, envolveu profunda análise da figura jurídica do "namoro qualificado", no efeito de sua necessária distinção em face da união estável. (STJ – 3ª Turma, REsp. nº 1.454,643-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe. 10.03.2015).

Afirmou-se que nesta última hipótese, o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial não consubstancia mera proclamação, para o futuro, apresentando-se mais abrangente, por se afigurar presente durante toda a convivência, "a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros'. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.

A Corte de Justiça entendeu que o comportamento de namorados não hesitarem em morar juntos revela-se usual nos tempos atuais, "impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social". Entretanto, não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável.

Com efeito, anota-se que "no namoro qualificado, por outro lado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade".[5]

A jurisprudência, a seu turno, como antes observado, tem enfrentado a distinção, sob o axioma de que "não se pode compreender como entidade familiar uma relação em que não se denota posse do estado de casado, qualquer comunhão de esforços, solidariedade, lealdade (conceito que abrange "franqueza, consideração, sinceridade,

---

[5] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Direito de Família. *Curso de Direito de Família*. 2013. Editora Saraiva. p. 371-374. Sublinham, também, que "os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita".

informação e, sem dúvida, fidelidade" (REsp. 1157273/RN, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 07/06/2010).

(ii) Em casos, porém, de união estável, a união dos conviventes tem sido agora proclamada, à nível de sua formalização, pelos interesses de ambos, dentro do impacto e das repercussões da pandemia (até letais) justamente pelo respeito e lealdade entre os companheiros. Tem sido um referencial desse período, o incremento de uniões estáveis registradas em cartório, pelo poder de cautela de os conviventes se importarem com a realidade jurídica de suas existências a dois, resguardando a segurança do casal e os direitos de um ou outro, à hipótese de eventual falecimento de um deles.

Aqui, vale citar que, quando um dos conviventes for maior de 70 anos, é obrigatório ser adotado o regime da separação obrigatória de bens, em base do art. 1641, inciso II do Código Civil de 2002.

Em Pernambuco, o Provimento nº 10/2014, de 03 de setembro, de nossa iniciativa enquanto Corregedor Geral de Justiça, em exercício, regulamentou o procedimento de lavratura da escritura pública declaratória da União Estável perante o Serviço de Notas, bem como o seu registro junto ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e ao Registro Imobiliário competente, orientando Notários e Registradores.

Recentemente, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº 100, de 26.05.2020, dispondo sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado. Pelo ditame do seu art. 17 os atos notariais celebrados por meio eletrônico produzirão os efeitos previstos no ordenamento jurídico quando observarem os requisitos necessários para a sua validade, estabelecidos em lei e no provimento. A facilitação está na especial anuência de as partes comparecentes ao ato notarial eletrônico aceitarem a utilização da videoconferência notarial, das assinaturas eletrônicas notariais, da assinatura do tabelião de notas e, se aplicável, biometria recíprocas.

Em ser assim, o sentido genérico da estima nos relacionamentos afetivos e mais, ainda, nos familiares, está a dirimir distinções, em resposta

ao questionamento de as repercussões do isolamento social influírem ou não na (des)configuração de uniões estáveis.

A conceitualização da União Estável, em sua natureza jurídica, é primeva, veio antes da legislação própria, havendo a ela referido o notável Edgar de Moura Bittencourt. [6] Os conviventes, dentro da segurança jurídica que timbra a entidade familiar que os envolvem; antes de mais, estão seguros de suas existências afetivas comuns.

Como a coabitação não é pressuposto, a ausência ritmada de maior convivência, provocada e dentro do isolamento social de ambos, não será elemento prejudicial para a continuidade da configuração da união estável preexistente. Impende perceber, no curso dos fatos que, a família na sua ordem jurídico-afetiva pré-constituída, se mantém incólume.

Enquanto isso, a nova normalidade a ser vivenciada, em pós-pandemia, poderá conduzir os atuais casais de temporada afetiva, juntos em confinamento, perceberem que desejam constituir família e seguirem ao casamento.

Em suma, quando em isolamento social pelo Covid19, a família está sendo revisitada por seus protagonistas, nos seus significados e existências, sobressai a (des)afetividade, a conduzir as respostas adequadas.

---

[6] *O concubinato no direito,* Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, v. 1., p. 54.

Capítulo 4 - Separação, Divórcio e Partilha de bens

A FACILITAÇÃO DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO DURANTE E APÓS A PANDEMIA COVID-19 CONSTITUI UM FATOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA?

Larissa Maria de Moraes Leal*
Roberto Paulino de Albuquerque Júnior*
Venceslau Tavares Costa Filho*

Em razão das medidas de isolamento social durante o período da pandemia do coronavírus, recomendadas pela Organização Mundial de Saúde, houve uma intensificação na convivência entre casais que já se encontravam em crise conjugal. Em alguns casos, diante do cenário de crise, muitos casais decidiram por fim à convivência durante este período, recorrendo à separação judicial ou ao divórcio, a fim de regularizarem a situação.

A via extrajudicial e a facilitação da dissolução conjugal são apresentadas como soluções adequadas para os casais que desejam tomar tais providências neste período cercado de tantas incertezas. Tais medidas parecem tender a reduzir a sobrecarga do poder judiciário. Convém lembrar, todavia, que há requisitos intransponíveis para a utilização da via extrajudicial como, *v.g*, a inexistência de filhos menores ou incapazes do casal, nos termos do art. 3º da Lei Nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que alterou a redação do Código de Processo Civil, acrescentando-lhe o artigo 1124-A.

---

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Adjunta da Universidade Federal de Pernambuco. Coordenadora para a Área de Direito de Família da ESA Nacional. Advogada.
* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco. Registrador de Imóveis em Salvador-BA.
* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco. Advogado.

Nessa ambiência, vale considerar que a consolidação do Estado Moderno foi acompanhada por uma dupla sobrecarga, quais sejam a do Direito e, consequentemente, a do Estado. A primeira sobrecarga diz respeito ao excesso de fragmentação das ordens normativas, que redundam na caracterização do "direito como único meio de tratamento de conflitos realmente significativo na sociedade complexa".[1]

Tal sobrecarga do direito resulta em uma sobrecarga do Estado, porquanto a pretensão moderna de monopólio estatal da jurisdição faça com que o Estado e o Direito sejam dotados de funções muito próximas, ou quase idênticas. É por isto que, no âmbito da chamada "divisão" de poderes estatais, verifica-se "uma sobrecarga dos órgãos encarregados das decisões concretas, mormente o poder judiciário e os diversos conselhos e comissões do executivo".[2]

Uma das respostas a esta sobrecarga do Judiciário seria a tendência à "desoneração do Judiciário", pela desjudicialização e pela auto-composição. A desjudicialização ou extrajudicialização dos conflitos é marcada pela transferência de competências do judiciário para órgãos extrajudiciais, especialmente para serventias notariais e registrais.[3]

A prática de descarregar demandas no Judiciário para que este encontre, isoladamente, as melhores e mais sábias soluções, não atende à melhor proposta de acesso à Justiça. Evidentemente que o Judiciário deve estar disponível, sempre que necessário for, para todas situações que não possam encontrar uma auto-composição ou um auto-controle

---

[1] ADEODATO, João Maurício. Função retórica do direito na construção das fronteiras da tolerância. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**: Divisão Jurídica, v. 42, n. 49 (jan./jul. 2008). Bauru: Instituição Toledo de Ensino, p. 102-103.

[2] ADEODATO, João Maurício. Função retórica do direito na construção das fronteiras da tolerância. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**: Divisão Jurídica, v. 42, n. 49 (jan./jul. 2008). Bauru: Instituição Toledo de Ensino, p. 103.

[3] ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. Usucapião extrajudicial e revogações. *In*: WANBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015, *passim*.

dos interessados.[4] Destarte o Divórcio e a Separação extrajudiciais devem atender aos dois aspectos da "desoneração do Judiciário", a desjudicialização e a auto-composição.

Na seara dos conflitos familiares haverá uma preocupação central com a continuidade das relações após a intervenção profissional. Isso porque nestes conflitos, as pessoas devem formular soluções e gerenciar os conflitos de modo a permitir que continuem a relacionar-se entre si mesmas após a resolução do litígio, nos casos em que a solução do litígio não implicará necessariamente a dissolução dos vínculos familiares.

Ainda que o casal não tenha filhos menores ou incapazes, não se pode olvidar do interesse na preservação de uma convivência salutar com filhos (maiores e capazes), enteados, parentes, etc. O ideal, portanto, é que as partes possam equacionar o conflito com uma relativa rapidez, com transparência e visando a preservação de uma boa convivência entre os membros da família.[5]

Em razão disto é que o Código de Processo Civil, nos termos dos arts. 694 e 695, indicou a preferência pela solução consensual do conflito e impôs a designação de audiência de mediação e conciliação neste caso. O recurso a tais expedientes na resolução de conflitos não visa somente eliminar o conflito aparente, mas busca trabalhar a partir do conflito real, desconstruindo-o de modo a proporcionar uma efetiva solução para o problema, fazendo com que as partes encontram as reais motivações de suas disputas e as solucionem. Tais audiências, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, poderão ocorrer mediante a utilização de teleconferência, de modo a não prejudicar a continuidade do isolamento social neste período de pandemia.

---

[4] TAVARES, André Ramos. Desjudicialização. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165 Acesso: 10 de abril de 2015.

[5] ROSA, Conrado Paulino da. Mediação: uma nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6116. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

Além disso, busca-se a valorização do ser humano e a igualdade entre as partes. Portanto, nos conflitos familiares, que muitas vezes são marcados pela desigualdade entre homens e mulheres, a conciliação e a mediação promovem o equilíbrio entre os gêneros, na medida em que ambos possuem as mesmas oportunidades dentro do procedimento.[6]

Não é desnecessário recordar que, para além dos requisitos de consenso e auto-composição, o legislador federal ainda estabeleceu o destinatário da competência de realizar separação e divórcio extrajudicial, bem como o procedimento por meio do qual deverá ser efetuado, a saber, o tabelião de notas e a escritura pública.

Nos termos do art. 733 do Código de Processo Civil de 2015, a escritura de divórcio extrajudicial deve observar as balizas estabelecidas pelo artigo 731 do Código de Processo Civil. Assim, nos termos do parágrafo único do art. 731 do Código de Processo Civil, só poderá ser dispensada a partilha de bens no divórcio extrajudicial se os cônjuges manifestarem que não desejam resolver esta questão por ocasião do divórcio: "Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658".

Observe-se, ainda, que o art. 731 do Código de Processo obriga a celebração de cláusula da qual constarão: "II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges". Veja-se que mesmo no âmbito das relações privadas de caráter patrimonial não se admite que a autonomia privada faça prevalecer disposições unilaterais de vontade "que afastem deveres decorrentes da boa-fé e da função social, especialmente diante de um texto constitucional com perfil nitidamente intervencionista como o de 1988".[7]

---

[6] ROSA, Conrado Paulino da. Mediação: uma nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6116 Acesso em: 20 de agosto de 2013.

[7] COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre certos aspectos da MP da "liberdade econômica". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/direito-comparado-notas-certos-aspectos-mp-liberdade-economica. Acesso em: 18 de maio de 2019.

Duas são as questões de maior relevância na discussão sobre a facilitação da separação e do divórcio, as quais precedem o período da pandemia e, atualmente, ganharam força: a dissolução do casamento por meio diverso pelo qual foi realizado e a permanência da separação judicial no ordenamento jurídico.

A regra geral nas relações privadas é a de que um ato jurídico deverá ser desfeito pela mesma forma exigida por lei para que ele se faça. Esssa regra, inclusive, está insculpida no artigo 472 do Código Civil Brasileiro, *verbis*: O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. Se, por um lado, não é adequado tratar o casamento como um contrato, em seu sentido ordinário, por outro, tão pouco seria cabível atentar contra essa regra básica que nos indica o caminho mais seguro para o desfazimento ou a promoção de extinção dos atos jurídicos.

Com a finalidade confessa de minorar o abarrotamento do Judiciário, promoveu-se a quebra da regra acima referida, o que engloba prejuízos que vão desde a segurança jurídica dos procedimentos de separação e divórcio, até mesmo à perda de oportunidade para realização de tentativa de conciliação prévia, na qual os casais, no ambiente judiciário, são chamados a uma reflexão mais atenta e lembrados da gravidade e dos efeitos da separação judicial e do divórcio.

A segunda questão sobre a facilitação da separação e do divórcio, como dito, antecede a pandemia, sendo fruto de uma leitura de primeira vista da Emenda Constitucional Nº 66, de 13 de julho de 2010, que alterou o artigo 226 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

(...)
Art. 226. ....
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

A partir da inserção do divórcio sem prévio prazo de separação de fato ou de separação judicial, uma parte da doutrina aderiu texto onde a Constituição permanecia no mesmo contexto e com igual redação.

Atualmente, essa questão está pacificada por nossos Tribunais Superiores, que já pronunciaram-se sobre a permanência da Separação Judicial como via à disposição dos cônjuges e à sua escolha, para colocarem fim à sua convivência e fazerem partilha de bens. Ademais, as serventias extrajudiciais podem, dentro dos termos legais já dispostos, realizar separações válidas, desde que a vontade dos cônjuges esteja consonante com essa escolha.

A opção pela separação judicial justifica-se pela laicidade do Estado. Em determinados credos religiosos, o divórcio é considerado como um comportamento pecaminoso ou digno de reprovação. Impor o divórcio, portanto, seria violar a liberdade de crença, o que não condiz com o regime jurídico decorrente da Constituição de 1988. Logo, o princípio da laicidade encontra-se em harmonia com a preservação da faculdade da separação judicial no ordenamento jurídico nacional. Veja-se, neste sentido, o elegante posicionamento de Regina Beatriz Tavares da Silva:

> Há religiões que não admitem o divórcio – a título de exemplo, no caso do catolicismo o Código de Direito Canônico admite somente a separação (Título VII, Capítulo IX, art. 2º). Caso tivesse prevalecido a ideia da supressão da separação, a liberdade e também a igualdade seriam violadas, porque os religiosos estariam sujeitos a uma das seguintes opções: a irregularidade religiosa, pelo divórcio, ou a irregularidade perante o Estado, pela mera separação de fato. Nas duas hipóteses o religioso seria privado da liberdade de exercer direitos em razão da crença e da igualdade de tratamento jurídico em relação a quem não professa a religião. O Brasil é um Estado laico e a separação se harmoniza com o princípio de laicidade, porque este princípio não se confunde com o laicismo, a postura de desprezo às religiões. E as manifestações no sentido de suprimir a separação importam no desprezo aos

> direitos fundamentais dos religiosos, lembrando que 86,8% da população brasileira é formada por cristãos.[8]

A pandemia apresentou urgências diretas na seara da separação e divórcio, como também na dissolução das uniões estáveis.

A Lei Nº 14.010, de 10 de junho de 2020, o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado, infelizmente, não avançou no tratamento de questões de urgência na esfera da temática ora tratada. Não obstante, é preciso ressaltar não haver lacuna legislativa quanto aos temas de urgência aventados, sobremaneira quanto à concessão de medidas liminares de separação de corpos e de garantia de integridade patrimonial de modo a garantir futura e justa partilha, como o arresto praticado em contas bancárias.

Em relação à união estável, inclusive, a concessão da liminar de separação de corpos, por si só, já é suficiente para promover a dissolução desta espécie de sociedade conjugal, tendo em vista a cessação da convivência *more uxorio* no plano dos fatos.

Tais regras permissivas da concessão liminar da separação judicial, do divórcio não afrontam o princípio da inércia, pois dependem de provocação da pessoa ofendida.

No curso da pandemia, o desenvolvimento dos procedimentos judiciais esteve submetido a regras distintas. A princípio, a suspensão dos prazos foi geral;[9] posteriormente, voltaram a fluir os prazos pertinentes aos processos eletrônicos, excluídos os físicos.[10]

---

[8] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Divórcio, separação e liberdade de crença. Disponível em: http://adfas.org.br/2017/12/26/divorcio-separacao-e-liberdade-de-crenca/. Acesso em: 09 de junho de 2019.

[9] Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça: "Art. 5º Ficam suspensos os prazos processuais a contar da publicação desta Resolução, até o dia 30 de abril de 2020. Parágrafo único. A suspensão prevista no caput não obsta a prática de ato processual necessário à preservação de direitos e de natureza urgente, respeitado o disposto no artigo 4o desta Resolução".

[10] Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020: "Art. 3º. Os processos judiciais e administrativos em todos os graus de jurisdição, exceto aqueles em trâmite no Supremo

Enquanto houve a suspensão, as unidades judiciárias continuaram a praticar atos em regime de trabalho remoto. No entanto, se o impulso do feito estivesse dependente de ato das partes, a suspensão dos prazos poderia constituir um óbice intransponível ao seu prosseguimento.

Com a regra subsequente que retomou o transcurso dos prazos em autos virtuais, o obstáculo restou removido, apenas para revelar um outro, qual seja, o da realização de audiências, ato processual de suma importância em processos de separação, divórcio e dissolução de união estável, durante a interdição de sua ocorrência presencial.

A resolução nº 314/2020 referiu expressamente a possibilidade de audiências virtuais,[11] mas ainda de forma tímida, ao que não se seguiu ainda um uso massivo na primeira instância, ao contrário do que se deu com as sessões de julgamento nos tribunais.

A resolução 322, de 01 de junho de 2020, que cuida de regras para a retomada das atividades presenciais, parece, contudo, atribuir mais importância às virtualização das audiências.[12] Este deve ser este o caminho

---

Tribunal Federal e no âmbito da Justiça Eleitoral, que tramitem em meio eletrônico, terão os prazos processuais retomados, sem qualquer tipo de escalonamento, a partir do dia 4 de maio de 2020, sendo vedada a designação de atos presenciais".

[11] "Art. 6º. Sem prejuízo do disposto na Resolução CNJ no 313/2020, os tribunais deverão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores, buscando soluções de forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de justiça, para realização de todos os atos processuais, virtualmente, bem como para o traslado de autos físicos, quando necessário, para a realização de expedientes internos, vedado o reestabelecimento do expediente presencial. (...)§ 3o As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais".

[12] "Art. 5º Para a retomada dos trabalhos presenciais durante a primeira etapa, serão observadas as seguintes medidas: (...) IV – as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência, preferencialmente pelo sistema Webex/ CISCO disponibilizado por este Conselho, possibilitando-se que o ato seja efetivado de forma mista, com a presença de algumas pessoas no local e participação virtual de outras que

a ser privilegiado nas próximas etapas do enfrentamento à pandemia, permitindo o trâmite integral das ações de desconstituição de sociedade e vínculo conjugal e de declaração de extinção de união estável.

Na via administrativa, o provimento nº 100, do Conselho Nacional de Justiça, regulamentou a prática dos atos extrajudiciais eletrônicos, o que viabiliza a lavratura de instrumentos públicos de separação, divórcio e dissolução de união estável sem exigir o comparecimento presencial às serventias notariais.

Resguardada a competência de um tabelião do domicílio das partes,[13] o ato será lavrado mediante identificação remota dos figurantes do ato[14], videoconferência para colher o consentimento das partes[15] e assinatura digital.[16]

Constata-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro em vigor está dotado de instrumentos adequados para manter o acesso à justiça de cônjuges e companheiros que pretendam dissolver formalmente laços familiares e cuidar das questões derivadas de tais dissoluções, sem solução de continuidade enquanto persistir a necessidade de isolamento social como meio de prevenção de contágio durante a pandemia de coronavírus.

Tais instrumentos permitem transpor para os meios eletrônicos de prática dos atos judiciais e administrativos os requisitos e exigências dos respectivos procedimentos, sem déficit de segurança jurídica e, principalmente, sem propor medidas de simplificação reducionista. Com isso, restam preservadas as garantias das partes e a gravidade com que devem ser

---

tenham condições para tanto, observando-se o disposto no artigo 18 da Resolução CNJ nº 185/2017;”

[13] Provimento CNJ nº 100/2020 – vide arts. 18 a 21.

[14] Provimento CNJ nº 100/2020, art. 18.

[15] Provimento CNJ nº 100/2020, art. 3º.

[16] Provimento CNJ nº 100/2020, art. 9º.

tratados temas tão caros à mais íntima esfera de proteção que o direito confere à pessoa humana, que é a tutela de seus interesses familiares.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Função retórica do direito na construção das fronteiras da tolerância. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**: Divisão Jurídica, v. 42, n. 49 (jan./jul. 2008). Bauru: Instituição Toledo de Ensino, p. 102-103.

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. Usucapião extrajudicial e revogações. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares**.** Divórcio extrajudicial e separação extrajudicial no Código de Processo Civil de 2015. In: ALBUQUERQUE JR, Roberto Paulino (coord.). **Coleção repercussões do novo cpc, v. 11:** direito notarial e registral. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Notas sobre certos aspectos da MP da "liberdade econômica"**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/direito-comparado-notas-certos-aspectos-mp-liberdade-economica Acesso em: 18 de maio de 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Mediação: uma nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares**. Disponível em: http://www.ambito-

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6116. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Divórcio, separação e liberdade de crença**. Disponível em: http://adfas.org.br/2017/12/26/divorcio-separacao-e-liberdade-de-crenca/. Acesso em: 09 de junho de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Desjudicialização.** Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo /colunas/desjudicializacao/10165. Acesso: 10 de abril de 2015.

A TENDÊNCIA À FACILITAÇÃO DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO DURANTE E APÓS A PANDEMIA COVID-19 CONSTITUI UM FATOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA?

Roberto Senise Lisboa*

Como é sabido, o vocábulo *família* possui noção e alcance que que se sujeitam às metamorfoses sociais, econômicas e culturais, que não podem ser ignoradas. A Constituição Federal brasileira, de 5.10.1988, preceitua três famílias expressamente: a família constituída pelo casamento, a família constituída pela união estável e a família constituída pela relação de um ascendente com qualquer de seus descendentes (artigo 226, §§ 1º, 3º e 4º). Instado a se pronunciar sobre o reconhecimento de família a partir de uma relação estável constituída entre duas pessoas do sexo masculino, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, admitiu que referido rol constitucional não é exaustivo ou taxativo, viabilizando-se, destarte, o reconhecimento de outras famílias, fazendo-se necessária a utilização de técnica de "interpretação conforme a Constituição".[1]

Coube ao Conselho Nacional de Justiça, posteriormente, publicar a Resolução nº 175, de 14.5.2013, que "dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo".

Pode-se afirmar que tanto a noção da família constituída por casamento e da família constituída pela união estável possuem por

---

* Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela USP - Universidade de São Paulo. Professor de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professor de Direito Civil da Universidade São Judas Tadeu e das Faculdades Integradas Campos Salles.

[1] STF, Plenário, ADPF 132-RJ, rel. Min. Ayres Britto, j. 5.5.2011, p. 14.10.2011; e ADI 4277-DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 5.5.2011, p. 14.10.2011. Vide ainda STF, 2ª Turma, RE 477554-MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.8.2011, p. 26.8.2011.

elemento subjetivo a *affectio maritalis*. O fundamento de tal elemento é, sem sombra de dúvidas, a autonomia privada, vale dizer, a autodeterminação da vontade dos interessados(as). Isso significa que tão somente se reputará existente, válido e eficaz o casamento ou a união estável quando a declaração de vontade de constituição da família, de forma solene (casamento) ou não (união estável), for livre, séria e no sentido dessa instituição. Mesmo as uniões estáveis decorrem da declaração de vontade de ambos os companheiros(as), ainda que tácita, porém suscetível de verificação pelas circunstâncias do caso.

Toda declaração da vontade pessoal, expressa ou tácita, decorre do direito à liberdade de manifestação, que é reconhecido como direito da personalidade, na esfera civil; como direito fundamental, na esfera constitucional; e como direito humano, na sociedade internacional.

O direito à liberdade pessoal de constituição da família decorre do mesmo valor fundamental que permite aos interessados(as) a desconstituição desse vínculo, segundo os valores, princípios e normas admitidos pelo sistema jurídico. Nessa perspectiva, a atual redação do artigo 226, § 6º, da Carta Magna, prevê que *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.* A alteração do texto original dispensou o prazo de carência bienal para se obter o divórcio direto, facilitando-se, dessa maneira, a extinção do casamento.

A Lei nº 11.441, de 4.1.2007, buscando a facilitação da extinção do casamento, viabilizou a separação consensual e o divórcio consensual mediante escritura pública, desde que o casal não tenha filhos menores ou incapazes. Essa norma, ademais, foi reafirmada para o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16.3.2015), que dispõe em seu artigo 733: *O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública…*

Inegável, pois, que a evolução legislativa da extinção da família constituída por casamento e por união estável facilitou a desconstituição de tais vínculos jurídicos.

Não se pode concordar, *data maxima venia concessa*, que haveria uma simples "tendência à facilitação da separação e do divórcio", sob perspectiva jurídica. O vocábulo *tendência* denota a *disposição natural que leva algo ou alguém a se mover em direção a outra coisa ou pessoa; inclinação; (...) evolução de alguma coisa num sentido determinado; orientação; (...) propensão que orienta alguém a fazer ou realizar determinada coisa; vocação; (...) movimento*[2].

A pergunta disposta pela douta Coordenação em Direito de Família da ESA Nacional e pela douta Presidente da Comissão de Direito de Família e Sucessões do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil encerra, portanto, a análise de elementos metajurídicos, para que se possa obter alguma conclusão com validade científica razoável, que não tenha por fundamento a simples percepção deste subscritor ou de grupos de pessoas.

Pode-se entender que haveria um inconveniente para esse estudo, já que não há parâmetro histórico para se dimensionar a evolução do número de separações e divórcios durante pandemias anteriores. no território brasileiro, até mesmo porque a evolução normativa do tema "extinção voluntária do casamento" é recente.

Um marco pode ser levado em consideração, para fins elucidativos, se bem que anterior à pandemia: a comparação entre a evolução do número de separações e divórcios até três anos antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 13.7.2010, e nos três anos seguintes.

Segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, os quantitativos de divórcio, ano a ano, foram os seguintes:

---

[2] Dicionário Aurélio Eletrônico, https://www.dicio.com.br/tendencia/, acessado em 5-7-2020.

Ano	Divórcio Consensual	Divórcio Litigioso	Total (incluídos não declarados e separações
2007	97.130	58.061	155.472 divórcios e 93.921 separações[3]
2008	96.719	56.840	153.811 divórcios e 90.421 separações[4]
2009	86.060	53.260	139.641 divórcios e 85.504 separações[5]
2010	118.719	60.733	179.866 divórcios e 58.153 separações[6]
2011	183.279	90.180	274.047 divórcios e 7.175 separações[7]
2012	174.851	93.239	268.867 divórcios e 1.719 separações[8]
2013	166.974	87.065	254.251 divórcios e 482 separações[9]

Como se pode perceber, a evolução ascendente do número de divórcios e separações é discreta, ano a ano, se somarmos o número de pedidos de divórcios formulados judicialmente com o de separação. Isso demonstra, ainda que de maneira breve, que a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, não acarretou uma elevação exponencial dos

[3] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2007_v34.pdf, acessado em 4-7-2020.
[4] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2008_v35.pdf, acessado em 4-7-2020.
[5] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2009_v36.pdf, acessado em 4-7-2020.
[6] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2010_v37.pdf, acessado em 4-7-2020.
[7] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2011_v38.pdf, acessado em 4-7-2020.
[8] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2012_v39.pdf, acessado em 4-7-2020.
[9] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf, acessado em 4-7-2020.

pedidos de extinção do casamento, tendo o número mais elevado correspondido ao ano de 2011, justamente o seguinte ao da promulgação da referida emenda, quando se chegou ao quantitativo de 281.222 requerimentos (algo em torno de uma média de 30.000 pedidos a mais, comparando-se com o ano de 2009, de menor totalização.

Deve-se recordar que a modificação constitucional foi objeto de ampla divulgação pelos meios de comunicação em massa, inclusive com as manifestações contrárias à sua aprovação.

Isso significa que nem sempre um fenômeno de impacto social acaba necessariamente repercutindo, de imediato, a ponto de proporcionar a desestabilização ou mesmo a insegurança jurídica.

A elevação da população brasileira, durante a década de 2010, é fato que acarretou a elevação do número de casamentos e, também, a dos números de sua "extinção voluntária".

Os últimos dados apontados pelo IBGE, a respeito do tema "extinção voluntária do casamento", são os seguintes:

Ano	Divórcio Consensual	Divórcio Litigioso	Total (incluídos não declarados) e escrituras extrajudiciais
2018	205.388	103.442	385.246[10]
2017	195.223	103.006	373.216[11]
2016	178.941	91.917	344.526

Percebe-se, assim, que a elevação numérica dos pedidos de divórcio é considerável (variando em cerca de 80 a 100.000 pedidos a mais), após os primeiros anos que se seguiram à Emenda Constitucional nº 66, de 2010.

[10] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf , acessado em 4-7-2020.
[11] https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf , acessado em 4-7-2020.

Por outro lado, não são comparáveis cientificamente as dimensões da facilitação da separação e do divórcio, pelos instrumentos jurídicos brevemente deduzidos no presente comentário, com os efeitos nefastos nas relações familiares, decorrentes da pandemia, que possam conduzir do desgaste da relação até o seu término.

Não há como antever cientificamente, de maneira precisa, se a facilitação da separação e do divórcio durante e após a pandemia COVID-19 trará repercussão social a ponto de desestabilizar a família, como categoria jurídica[12].

Por outro lado, há menção a situações diferentes pelas quais as famílias de diversas partes do globo têm passado, durante a pandemia. A título de exemplo, Boaventura de Sousa Santos afirma que, *con los niños y otros miembros de la familia en el hogar durante todo el día, el estrés será mayor y ciertamente recaerá más en las mujeres. El aumento en el número de divorcios en algunas ciudades chinas durante la cuarentena puede ser un indicador de lo que acabo de decir. Por otro lado, se sabe que la violencia contra las mujeres tiende a aumentar en tiempos de guerra y crisis, y ahora ha aumentado. Una buena parte de esta violencia ocurre en el espacio doméstico. El confinamiento de familias en espacios reducidos, sin salida, puede generar más oportunidades para el ejercicio de la violencia contra las mujeres. El periódico francés Le Figaro informó el 26 de marzo, basado en información del Ministerio del Interior, que la violencia conyugal había aumentado en un 36 % en París la semana anterior*[13].

Procurar um paradigma histórico de pandemia brasileira para analisar a questão familiar é bastante interessante, porém não se pode dizer se a sua utilidade seria válida para a sociedade contemporânea, que é a

---

[12] Hernán Scholten et altri, *Abordaje psicológico del covid-19: una revisión narrativa de la experiencia latino-americana*. In: Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology, 2020, Vol., 54, No. 1, e 1287,

[13] Boaventura de Sousa Santos, *La cruel pedagogia del vírus*, Buenos Aires: Clacso, 2020, p. 47.

sociedade da informação, que possui como um dos seus principais postulados o *compartilhamento dos dados*. De fato, a COVID-19 já é a pior pandemia pela qual o Brasil passou no século XXI, com mais de 1.600.000 infectados e mais de 64.900 mortos[14]. Já as pandemias ocorridas antes da II Guerra não tinham como ambiente coletividades de pessoas interconectadas pela informação, porém por um acesso limitado às informações, quando muito, locais e regionais. A celeridade do compartilhamento dos dados é fenômeno universalizante (porque ainda há muito que se expandir) que viabiliza às pessoas em rede obterem dados e buscarem soluções ou alternativas para as situações que estão passando.

A quantidade de dados compartilhados sobre a COVID-19 é gigantesca, quiçá sem precedentes em se tratando de pandemias na história. Os efeitos da informação e da sobrecarga informacional nas relações familiares deve ser objeto de estudo, na psicologia e no serviço social, cujos profissionais são essenciais a uma série de demandas judiciais que tratam de guarda de filhos, por exemplo.

De fato, as consequências psicológicas dos efeitos da pandemia nas relações familiares merecem estudos, pois repercutem como fatores desencadeadores da ansiedade individual e *stress*, que podem dificultar e até mesmo agravar a relação existente entre o casal, culminando-se com a extinção do vínculo por eles estabelecido.

Além disso, o impacto emocional das medidas de isolamento merece detida pesquisa. As relações familiares, reorganizadas preponderantemente para fora do domicílio durante o horário diurno, por força do trabalho moderno e contemporâneo (a superação do trabalho familiar é fenômeno histórico que ganhou impulso com a introdução da sociedade industrial, fortalecendo-se durante o século XIX até os nossos tempos), passaram a ser redimensionadas por conta dos períodos de

---

[14] https://extra.globo.com/noticias/coronavirus/1006526-brasil-passa-de-16-milhao-de-infectados-por-covid-19-aponta-consorcio-de-veiculos-de-imprensa-no-boletim-das-20h-24516931, acessado em 5-7-2020.

isolamento sugerido por boa parte dos governantes brasileiros (não tivemos, em território nacional, área atingida com o *lock-down,* no sentido empregado em outros países). As inúmeras famílias brasileiras, ao quebrarem a rotina diária, com os seus integrantes permanecendo a grande parte do tempo juntos, tiveram um hiato no estilo normal das suas atividades, ordinariamente desagregadas entre si, passando a compartilhar o ambiente. Isso significa maior tempo de convívio, o que é positivo, mas sujeita os membros da família ao desgaste pela redução da solitude de cada um (não se trata de solidão, mas do estar sozinho, para se concentrar em sua atividade independente de trabalho, de estudo ou até mesmo de cultura e lazer).

Não há elementos que autorizem a conclusão de que a facilitação da separação e do divórcio durante e após a pandemia COVID-19 constitui um fator de insegurança jurídica.

Segurança é dever do Estado Democrático de Direito, previsto no preâmbulo da Constituição brasileira. Embora a segurança não conste por expresso como valor fundamental no sistema jurídico civil brasileiro, ela facilmente é identificada por instrumentos de estabilidade que a coletividade espera das relações jurídicas em geral[15].

O viver em sociedade não é estático. É dinâmico. O que é dinâmico não segue estabilidade extrema, mas instabilidades controladas ou não[16]. Por isso, deve-se entender que a segurança jurídica não poderia buscar a estabilidade estática, porém o controle das instabilidades.

A segurança jurídica é, pois, continuamente colocada à prova nas relações sociais, justamente porque o fato jurídico é um fenômeno social. Ora, cogitar-se mecanismos restritivos de separação e divórcio ou, ainda, entender que a facilitação da separação e do divórcio disposta pelo sistema jurídico que antecede ao advento da pandemia e que ora vigora em nosso país, constituiria um fator de insegurança jurídica, seria

[15] Roberto Senise Lisboa, *Confiança contratual*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.
[16] Roberto Senise Lisboa, *Confiança contratual*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

o menosprezo do entendimento de que não há segurança absoluta, nem mesmo segurança jurídica absoluta.

Como afirmado, *a convivência não traz segurança absoluta, mas pode proporcionar segurança com riscos minimizados*. Incumbe, pois, ao sistema jurídico minimizar riscos, concedendo-se uma expectativa legítima de segurança, e não a fantasiosa ideia de que é possível a segurança estática e desprovida de qualquer efeito colateral indesejado trazido por situações normais de risco e por situações de maior risco.

Como observa Boaventura de Sousa Santos, *como en muchos contextos similares en el mundo, las familias comparten una habitación que también es cocina, dormitorio y sala de estar. ¿Cómo se les puede pedir autoaislamiento? ¿Es posible el autoaislamiento en un contexto de heteroaislamiento permanente impuesto por el Estado? Cabe señalar que para los habitantes de las periferias más pobres del mundo, la emergencia sanitaria actual se combina con muchas otras emergencias*. [17]

Tais situações devem ser verificadas pelo poder público, buscando-se efetividade no amparo à população necessitada. Trata-se de premência, dados os riscos que a pandemia traz às pessoas.

Maior êxito haverá em se manterem os regimes jurídicos existentes para a extinção das relações familiares, provendo-se maior efetividade à política pública de apoio psicológico e educacional às famílias que dele necessitem, como mecanismo preventivo de atendimento à população, além de se buscar maior eficiência para a justiça restaurativa nas relações familiares, quando isso se demonstrar possível, na situação examinada.

---

[17] Boaventura de Sousa Santos, *La cruel pedagogia del vírus*, Buenos Aires: Clacso, 2020, p. 53.

A FACILITAÇÃO DO DIVÓRCIO NA PANDEMIA COVID-19 É CAUSA DE INSEGURANÇA JURÍDICA?

Anna Cristina de Carvalho Rettore*

No ano de 2020 o mundo se deparou com uma realidade já não vivida há mais de cem anos: a de uma pandemia de grandes proporções.[1] No Brasil, primeiramente observamos atordoados os acontecimentos na Ásia e depois na Europa – um elevado número de infecções e de mortes por insuficiência respiratória –, até chegar o mês de março, quando a doença também aqui se instalou e assim transformou, em poucos dias, praticamente todo o nosso modo de vida.

A necessidade de isolamento social para fins de diminuição do contágio da doença estimulou uma rápida adaptação ao uso de tecnologias que, embora já estivessem disponíveis, eram utilizadas moderadamente e apenas em casos especiais. De festas de aniversário e casamento a reuniões de trabalho com poucas ou muitas pessoas, grande parte passou a ser realizada fazendo uso de aplicativos de transmissão de vídeo; o sistema de *home office*, outrora excepcional, passou a ser regra em diversas profissões.

Mais do que isso, o passar do tempo em meio à pandemia tem nos mostrado que se trata de situação que veio para ficar. A única coisa que se tem como certa é a impossibilidade de definição de uma data em que a vida retornará a como era antes, o que impossibilita que apenas aguardemos o passar do tempo para retornar àquilo que nos parecia

---

* Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

[1] TASCHNER, Natália Pasternak. **Gripe espanhola: cem anos da mãe das epidemias.** *In:* Veja Saúde, Medicina, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/blog/cientistas-explicam/gripe-espanhola-100-anos-da-mae-das-pandemias/>. Acesso em 4 jul. 2020.

"normal". Por isso, a tudo e a todos vem se tornando imperioso fazer ajustes e adequações para o funcionamento nessa nova realidade.

Com o Direito de Família não é diferente. No Brasil ocorrem mais de 380.000 divórcios a cada ano,[2] o que por si só já impossibilitaria esperar o fim da situação de pandemia e consequente isolamento social para realizar esse procedimento da forma como vinha sendo realizado.

Mais do que isso, está-se diante da premente possibilidade de que o número de divórcios se amplie exatamente em razão da quarentena e acentuada ampliação da convivência, tal como já observado em outros países.[3] Segundo o *Google Trends* Brasil, que analisa as buscas feitas no Google em nosso país, houve um aumento de 450% nas buscas por "divórcio *online* gratuito" e de 190% por "dar entrada no divórcio" desde o início da pandemia.[4]

Em assim sendo, leciona Leonardo Barreto Moreira Alves:

> Em face do novo modelo de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988, entende-se que o casamento

---

[2] Segundo os dados mais recentes do IBGE, foram realizados 306.376 divórcios judiciais e 78.870 divórcios extrajudiciais no Brasil no ano de 2018, o que resulta em mais de 385.000 divórcios no ano. BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Tabela 5929 (Divórcios concedidos em 1ª instância); Tabela 5933 (Escrituras de divórcio).** Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5929#resultado> <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5933#resultado>. Acesso em 4 jul. 2020.

[3] Na China, "(...) a quarentena forçada deixou algumas consequências inesperadas. Muitos casais parecem não ter resistido à proximidade em tempo integral. A mídia chinesa identificou uma corrida aos cartórios por aqueles que não pretendem seguir juntos. Xi'am, de 12 milhões de habitantes, capital da província de Shaanxi, região central da China, registrou um recorde no número de pedidos de divórcio nas últimas semanas, segundo o jornal chinês em língua inglesa *The Global Times*. Em alguns distritos, todos os horários disponíveis para tratar do tema nos escritórios locais do governo estão tomados por semanas". OSWALD, Vivian. **Coronavírus: após confinamento, cidade na China registra recorde em pedidos de divórcio.** *In:* BBC News Brasil, 24 mar. 20. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52012304>. Acesso em 4 jul. 2020.

[4] GOOGLE TRENDS. **Termo de pesquisa "divórcio"; Consultas relacionadas**. Disponível em: <https://trends.google.com.br/trends/explore?geo=BR&q=div%C3%B3rcio>. Acesso em 4 jul. 2020.

> – assim como qualquer outra entidade familiar – somente deve prevalecer enquanto cumprir a sua função de promover a afetividade, a felicidade, a dignidade de seus membros. Nesse prisma, encerrada a comunhão plena de vida aludida pelo art. 1.511 do Código Civil, devem os consortes ter pleno direito de dissolver a sociedade conjugal (no caso de separação) ou o vínculo matrimonial (no caso do divórcio), sem limitação de qualquer ordem, constituindo-se assim um verdadeiro direito potestativo extintivo.
> Adotando essa concepção de direito de não manter o núcleo familiar como direito potestativo extintivo, abalizada doutrina civilista vem modernamente sustentando a necessidade de se pôr fim a todo e qualquer elemento legislativo que sirva como empecilho à liberdade de separar ou divorciar (...). É justamente nesse contexto que se insere a Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007 (...).[5]

Já se observa, pelo menos desde 2007, uma tendência pela facilitação do divórcio em nosso país. Naquele ano, foi editada a Lei 11.441, que acrescentou norma ao Código de Processo Civil então vigente com a previsão de que a separação e divórcio consensuais poderiam ser realizados por escritura pública, independente de homologação judicial e mediante assistência de advogado, desde que não houvesse filhos menores ou incapazes e que observados os requisitos legais quanto aos prazos, e fazendo-se constar as disposições referentes ao uso de nome de casado ou de solteiro, partilha de bens e pensão alimentícia. Com isso, facultou-se aos casados, preenchidos os requisitos, a opção, outrora inexistente, pela via extrajudicial.[6] Atualmente, a norma consta do art. 733 do Código de Processo Civil.

---

[5] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Autonomia privada no Direito de Família**. *In:* QUEIROZ, Mônica; GUERRA, Carlos Henrique Fernandes; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMAN, Marina Carneiro Matos (orgs.). Direito Civil em debate: reflexões críticas sobre temas atuais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 231.

[6] A Resolução 35/2007 do CNJ explicitou, em seu art. 2°, que a opção pela via judicial ou extrajudicial correspondia a uma faculdade, e não a uma obrigação, dos interessados.

Posteriormente, em 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional 66, que permitiu a realização do chamado “divórcio direto”, na medida em que desconstituiu a necessidade de prévia separação judicial por um ano ou de apresentação de prova da separação de fato por dois anos.[7]

Outra facilitação já observada em nosso ordenamento advém da Lei 13.894/2019, que incluiu na Lei Maria da Penha previsão de competência material para que ações de divórcio pudessem tramitar nos próprios Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, e de competência territorial, tornando competente o foro do domicílio da vítima.

Também em 2019 verificou-se outra tentativa de facilitação. O Tribunal de Justiça de Pernambuco aprovou o Provimento 06/2019, possibilitando o chamado “divórcio impositivo”.[8] Trata-se de modalidade pela qual seria permitido o pedido de divórcio formulado por apenas um dos cônjuges, perante o Cartório de Registro Civil onde estivesse assentado o casamento. Dentre os considerandos da norma constou “a necessidade de estabelecer medidas desburocratizantes ao registro civil, nos casos de divórcio, por ato de autonomia de um dos cônjuges, por tratar-se o instituto do divórcio, desde a edição da Emenda Constitucional n° 66/2010, de direito potestativo de cada um deles”.[9]

---

[7] LÔBO, Paulo. **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências.** *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 195-196.

[8] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **TJPE aprova provimento que possibilita o “Divórcio Impositivo".** 15 mar. 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6941/TJPE+aprova+provimento+que+possibilita+o+%E2%80%9CDiv%C3%B3rcio+Impositivo%22>. Acesso em 4 jul. 2020.

[9] CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Provimento n. 06/2019**, que regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro civil de casamentos, do que se denomina de “divórcio impositivo” e que se caracteriza por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges, em pleno exercício do seu direito potestativo, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. 14 mai. 2019. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20-%20Divo%CC%81rcio%20Impositivo.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

Previa-se no Provimento que, nos casos em que o divórcio extrajudicial já fosse autorizado, o pedido poderia ser formulado por um dos consortes sem anuência ou presença do outro, o qual seria notificado pela Serventia para tomar conhecimento do divórcio. Feitas suficientes buscas nas bases de dados disponibilizadas ao Judiciário, caso o notificando não fosse encontrado, a notificação se daria por edital e, em cinco dias, seria averbado o divórcio à margem da certidão de casamento.

Embora celebrada por vários juristas em razão da desburocratização,[10] tal medida deu-se ao atropelo de obstáculos legais que não poderiam ser superados por meio de Provimento. Por isso, a Corregedoria Nacional de Justiça editou, logo em seguida, a Recomendação 36/2019,[11] recomendando aos Tribunais de Justiça que se abstivessem de editar normas regulamentando o divórcio impositivo e que, caso já editados, providenciassem sua imediata revogação.

Referida Recomendação resultou do Pedido de Providências de n.° 0003491-78.2019.2.00.0000, instaurado de ofício pelo próprio CNJ.[12] Ali se entendeu, primeiramente, pela presença de um vício formal na norma: os divórcios extrajudiciais apenas são permitidos no caso de consenso, sendo que o divórcio impositivo, por ser requerido por apenas um dos cônjuges, não explicita a necessária convergência de vontades. Além disso, entendeu-se violada competência da União para legislar

---

[10] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **TJPE aprova provimento que possibilita o "Divórcio Impositivo".** 15 mar. 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6941/TJPE+aprova+provimento+que+possibilita+o+%E2%80%9CDiv%C3%B3rcio+Impositivo%22>. Acesso em 4 jul. 2020.

[11] CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 36 de 30/05/2019**, que dispõe sobre a vedação aos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal de regulamentarem a averbação de divórcio por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2923>. Acesso em 4 jul. 2020.

[12] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Decisão no Pedido de Providências de n° 000349178.2019.2.00.0000**. Min. Humberto Martins. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

sobre direito civil, processual e sobre registros públicos, nos termos do art. 22, incisos I e XXV da Constituição.

Apontou-se, outrossim, um problema atinente à insegurança jurídica causada pela norma, por criar regras díspares em relação aos demais Estados da Federação:

> Além do vício formal, o Provimento n. 06/2019 da CGJ/PE não observa a competência privativa da União nem o princípio da isonomia (uma vez que estabelece uma forma específica de divórcio no Estado de Pernambuco, criando disparidade entre esse e os demais Estados que não tenham provimento de semelhante teor).
> Nesse ponto, há uma consequência gravíssima para a higidez do direito ordinário federal, cuja uniformidade é um pressuposto da Federação e da igualdade entre os brasileiros. A Constituição de 1988 optou pela centralização legislativa nos mencionados campos do Direito. Ao assim proceder, o constituinte objetivou que o mesmo artigo do Código Civil ou do Código de Processo Civil fosse aplicado aos nacionais no Acre, em Goiás, em Natal, em São Paulo, no Rio Grande do Sul e nos demais Estados.
> Quando houver aplicação divergente dessas normas, entrará a função uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, por meio do recurso especial.
> Aceitar que um tribunal local legisle, embora não se utilize essa terminologia no texto do Provimento n. 06/2019, é o mesmo que negar a existência do Superior Tribunal de Justiça e suas funções constitucionais. Sem se esquecer, é claro, do próprio Congresso Nacional, a quem compete legislar privativamente sobre essas matérias.[13]

Ainda que revogadas as normas administrativas estaduais, sabe-se estar em trâmite o Projeto de Lei n.° 3457/2019, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco e já com voto de aprovação pelo seu Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. O projeto pretende

---

[13] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Decisão no Pedido de Providências de n° 000349178.2019.2.00.0000**. Min. Humberto Martins. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

acrescer ao CPC o art. 733-A, para permitir “que um dos cônjuges requeira a averbação de divórcio no cartório de registro civil mesmo que o outro cônjuge não concorde com a separação”[14], e tem texto muito semelhante ao do Provimento pernambucano.

Tal projeto, que conta com a aprovação dos doutrinadores Flávio Tartuce, Mário Luiz Delgado e José Fernando Simão, desvia dos dois argumentos apresentados pelo CNJ, pois constituirá legislação federal uniformemente aplicável a todo o país. Em defesa dele, expõe Flávio Tartuce:

> Muitas são as situações concretas em que essa modalidade de divórcio unilateral traz vantagens práticas. Primeiro, cite-se a hipótese em que o outro cônjuge não quer conceder o fim do vínculo conjugal por mera "implicância pessoal", mantendo-se inerte quanto à lavratura da escritura de divórcio consensual e negando-se também a comparecer em juízo. Segundo, podem ser mencionados os casos em que um dos cônjuges encontra-se em local incerto e não sabido, ou mesmo desaparecido há anos, não podendo o outro divorciar-se para se casar novamente. Por fim, destaquem-se as situações de violência doméstica, em que o diálogo entre as partes é impossível e deve ser evitado, sendo urgente e imperiosa e decretação do divórcio do casal. Em todos esses casos, decreta-se o divórcio do casal, deixando o debate de outras questões para posterior momento.[15]

Seguindo a tendência de facilitação do divórcio, desta vez impulsionada pela pandemia, observou-se também a recente edição do

---

[14] SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 3457, de 2019**, que acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>. Acesso em 4 jul. 2020.

[15] TARTUCE, Flávio. **O divórcio unilateral ou impositivo.** *In:* Migalhas. Família e Sucessões. 26 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/305087/o-divorcio-unilateral-ou-impositivo>. Acesso em 4 jul. 2020.

Provimento n.° 100/2020 pelo CNJ, em 26 de maio. Dentre os considerandos, constou "a necessidade de as Corregedorias-Gerais do Poder Judiciário nacional observarem medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus (COVID-19)", assim como "a necessidade de se manter a prestação dos serviços extrajudiciais, o fato de que os serviços notariais são essenciais ao exercício da cidadania e que devem ser prestados, de modo eficiente, adequado e contínuo".[16]

Por este Provimento, fica autorizado o divórcio virtual, a ser realizado por meio de escritura pública nos casos já permitidos pelo art. 733 do CPC, isto é, quando houver consenso entre os cônjuges e não houver filhos menores, incapazes ou nascituro.[17] A novidade está na dispensa de que ambas as partes compareçam presencialmente no Cartório para assinar a escritura,[18] podendo a identificação dos consortes e a obtenção de seu consentimento se dar por meio de videoconferência, que será gravada e arquivada junto ao próprio ato notarial.

O art. 3° explicita requisitos para a prática dos atos notariais eletrônicos, dentre eles, a realização de videoconferência para captação do consentimento, com expressão de concordância pelas partes com os termos do ato notarial eletrônico, a assinatura digital pelos participantes e o uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital. O parágrafo único especifica o que deverá constar, no mínimo, da gravação da videoconferência:

---

[16] CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020**, que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/05/DJ156_2020-ASSINADO.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

[17] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Novo provimento do CNJ possibilita o divórcio virtual.** 04 jun. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7343/Novo+provimento+do+CNJ+possibilita+o+div%C3%B3rcio+virtual>. Acesso em 4 jul. 2020.

[18] A norma prevê também a realização de ato híbrido, autorizando que uma das partes compareça presencialmente para assinatura do ato notarial, enquanto a outra assina à distância, por meio virtual (art. 30).

> (...) a) a identificação, a demonstração da capacidade e a livre manifestação das partes atestadas pelo tabelião de notas;
> b) o consentimento das partes e a concordância com a escritura pública;
> c) o objeto e o preço do negócio pactuado;
> d) a declaração da data e horário da prática do ato notarial; e
> e) a declaração acerca da indicação do livro, da página e do tabelionato onde será lavrado o ato notarial.

Os arts. 16 e 17, por sua vez, explicitam que "os atos notariais eletrônicos reputam-se autênticos e detentores de fé pública, como previsto na legislação processual" e que "produzirão os efeitos previstos no ordenamento jurídico quando observarem os requisitos necessários para a sua validade, estabelecidos em lei e neste provimento". E o art. 18 determina:

> Art. 18. A identificação, o reconhecimento e a qualificação das partes, de forma remota, será feita pela apresentação da via original de identidade eletrônica e pelo conjunto de informações a que o tabelião teve acesso, podendo utilizar-se, em especial, do sistema de identificação do e-Notariado, de documentos digitalizados, cartões de assinatura abertos por outros notários, bases biométricas públicas ou próprias, bem como, a seu critério, de outros instrumentos de segurança.

Embora o contexto da norma seja de edição em razão da necessidade de isolamento social gerada pela ocorrência da pandemia COVID-19, o uso de tecnologia para facilitação da tomada de medidas pelo divórcio poderá aproveitar pessoas em situações diversas, inclusive após findas as medidas de quarentena. Casais que se separem e residam em locais distintos (por vezes, com um deles até mesmo fora do Brasil), por exemplo, não mais necessitarão prover meios para comparecimento físico à serventia notarial, dispensando-se o deslocamento e tornando o procedimento muito mais célere e menos burocrático.

Além disso, em 26 de junho foi editada a Resolução 326/2020 pelo Conselho Nacional de Justiça, que alterou a Resolução 35/2007 do CNJ (a qual disciplina a realização de atos notariais de divórcio, dentre outros).[19] Foi alterado o art. 1° da Resolução 35/2007, dele passando a constar ser "livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil".

Já da redação do art. 10 passou a constar a desnecessidade do registro da escritura no livro E do Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais (livro que se presta a reunir dados do Registro Civil a fim de surtir efeitos com relação a terceiros), prevendo-se, contudo, caber ao Tribunal de Justiça respectivo promover, em 180 dias, "medidas adequadas para a unificação dos dados que concentrem as informações dessas escrituras no âmbito estadual, possibilitando as buscas, preferencialmente, sem ônus para o interessado".

Como se observa, os passos tomados nessa tendência de facilitação do divórcio verificada em nosso ordenamento jurídico, agora impulsionada pela ocorrência da pandemia, parecem buscar atentar-se à garantia de segurança jurídica aos cidadãos.

Dentre as medidas mais recentes, é benéfica a atribuição de competência aos próprios Juizados de Violência Doméstica para decretação do divórcio, assim como a fixação da competência do foro do domicílio da vítima. Além disso, uma vez que a norma editada pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco punha riscos à segurança jurídica de uniformização das regras de direito civil, processual e de registros públicos no país, houve rápida atuação da Corregedoria Nacional de Justiça em prol de determinar a sua revogação.

---

[19] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 35, de 24 de abril de 2007**, que disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado172958202007015efcc816b5a16.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

Por sua vez, o Provimento n.° 100/2020 do CNJ, que autoriza o divórcio virtual, preocupa-se em estabelecer uma série de requisitos que pretendem garantir a segurança jurídica do ato:

a) há determinação de meios específicos e detalhados para verificação da identidade das partes, autorizando o tabelião a cercar-se de outros instrumentos de segurança, a seu critério, para fazê-lo;
b) é exigida a realização, gravação e arquivamento de videoconferência para obtenção do consentimento das partes, inclusive concordância com os termos da escritura pública, prevendo-se, ainda, a gravação do ato em que o tabelião atesta que a manifestação das partes está ocorrendo de forma livre;
c) há previsão detalhada sobre a assinatura digital, bem como de que o tipo de formato de documento utilizado será de longa duração com assinatura digital.

Assim, parece-nos que tanto quanto poderia o tabelião se assegurar da higidez do ato presencialmente, busca o Provimento resguardar a mesma possibilidade para a sua realização pelo meio virtual. Afora isso, é importante perceber que os arts. 16 e 17 da Resolução atribuem ao ato eletrônico a mesma fé pública do presencial, bem como a mesma produção de efeitos, aí garantindo aos interessados a necessária segurança jurídica caso optem por realizá-lo.

Por outro lado, com relação à autorização para livre escolha do Tabelionato de Notas para se realizar o divórcio em todo o território nacional – especialmente dispensando-se o registro no livro E – entende-se que se trata de medida que dificulta o conhecimento, por terceiros, acerca da realização do divórcio, gerando situação de insegurança jurídica. Nota-se que a norma, na esteira da virtualização dos atos, estabelece prazo de cerca de seis meses para a criação de um repositório de dados permitindo buscas pelos interessados; todavia, neste ínterim (e pressupondo-se que o

prazo estabelecido será atendido, o que pode não acontecer), resta dificultado o conhecimento sobre os atos.

No que tange ao Projeto de Lei em trâmite no Senado Federal, percebe-se que, ainda que se trate de divórcio por vontade de apenas um dos consortes, a exigência de que a averbação ocorra apenas cinco dias após a notificação do outro faz garantir que este ao menos tome conhecimento da alteração a ocorrer em seu estado civil, que tem importantes implicações e não pode ser-lhe omitida. Existe, por certo, a previsão da citação por edital; todavia, ela ocorrerá apenas após a realização de suficientes tentativas em endereços constantes do banco de dados do Judiciário e, como se há de convir, nos mesmos moldes que seriam possíveis no caso de ajuizamento de ação de divórcio judicial.

Dessa forma, entende-se possível concluir que a tendência à facilitação da separação e do divórcio durante e após a pandemia, da forma como vem se apresentando, feitas pequenas ressalvas constantes deste trabalho, não parece constituir fator de insegurança jurídica àqueles que pretendem se separar ou divorciar. Ao contrário, tem-se apresentado como importante melhora na materialização da liberdade manifestada pelo direito de, sem empecilhos, dissolver o casamento quando este não mais estiver em consonância com o ideal de comunhão plena de vida tal como previsto por nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Autonomia privada no Direito de Família**. *In:* QUEIROZ, Mônica; GUERRA, Carlos Henrique Fernandes; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMAN, Marina Carneiro Matos (orgs.). Direito Civil em debate: reflexões críticas sobre temas atuais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, pp. 215-242.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Tabela 5929 (Divórcios concedidos em 1ª instância); Tabela 5933 (Escrituras de divórcio).** Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5929#resultado> <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5933#resultado>. Acesso em 4 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Decisão no Pedido de Providências de n.° 0003491-78.2019.2.00.0000**. Min. Humberto Martins. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 35, de 24 de abril de 2007**, que disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado172958202007015efcc816b5a16.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Provimento n. 06/2019**, que regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro civil de casamentos, do que se denomina de "divórcio impositivo" e que se caracteriza por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges, em pleno exercício do seu direito potestativo, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. 14 mai. 2019. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20-%20Divo%CC%81rcio%20Impositivo.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020**, que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial

Eletrônica-MNE e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/DJ156_2020-ASSINADO.pdf>. Acesso em 4 jul. 2020.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 36 de 30/05/2019**, que dispõe sobre a vedação aos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal de regulamentarem a averbação de divórcio por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2923>. Acesso em 4 jul. 2020.

GOOGLE TRENDS. **Termo de pesquisa "divórcio"; Consultas relacionadas**. Disponível em: <https://trends.google.com.br/trends/explore?geo=BR&q=div%C3%B3rcio>. Acesso em 4 jul. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Novo provimento do CNJ possibilita o divórcio virtual.** 04 jun. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7343/Novo+provimento+do+CNJ+possibilita+o+div%C3%B3rcio+virtual>. Acesso em 4 jul. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **TJPE aprova provimento que possibilita o "Divórcio Impositivo".** 15 mar. 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6941/TJPE+aprova+provimento+que+possibilita+o+%E2%80%9CDiv%C3%B3rcio+Impositivo%22>. Acesso em 4 jul. 2020.

LÔBO, Paulo. **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências.** *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Processo, 2017, pp. 195-206.

OSWALD, Vivian. **Coronavírus: após confinamento, cidade na China registra recorde em pedidos de divórcio.** *In:* BBC News Brasil, 24 mar. 20. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52012304>. Acesso em 4 jul. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 3457, de 2019**, que acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>. Acesso em 4 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O divórcio unilateral ou impositivo.** *In:* Migalhas. Família e Sucessões. 26 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/305087/o-divorcio-unilateral-ou-impositivo>. Acesso em 4 jul. 2020.

TASCHNER, Natália Pasternak. **Gripe espanhola: cem anos da mãe das epidemias.** *In:* Veja Saúde, Medicina, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/blog/cientistas-explicam/gripe-espanhola-100-anos-da-mae-das-pandemias/>. Acesso em 4 jul. 2020.

FRAUDE NA PARTILHA DE BENS NO DIVÓRCIO: mecanismos jurídicos para coibir, identificar e reverter

Lorena Guedes Duarte[*]

Ao tempo da escrita deste artigo, experimenta-se inédito evento pandêmico, provocando o simultâneo isolamento social em milhares de cidades pelo mundo. No Brasil, país caracterizado pela continentalidade na extensão territorial, vê-se a disseminação da pandemia Covid-19 impor o fechamento de comércio e o confinamento de famílias em diversos Estados, esforço imprescindível para evitar o contágio em massa e o temerário colapso do sistema de saúde.

Fala-se que o isolamento compulsório pode provocar o aumento de dissoluções das sociedades conjugais[1], pois a intensificação do convívio faria crescer também o número de conflitos e desentendimentos no seio familiar, evidenciando divergências antes não percebidas. Em maio de 2020, o Google Brasil registrou um aumento de 9.900% na busca pelo termo "divórcio online gratuito" e crescimento em 82% na busca "como dar entrada em um divórcio" no período entre 13 e 29 de abril do mesmo ano.[2] Além disso, jornais e estatísticas já noticiam a alta dos números de casais pondo fim à relação conjugal.[3]

---

[*] Advogada. Doutoranda em Direito Civil (UFPE). Mestre em Direito Processual Civil (UNICAP). Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões do Conselho Federal da OAB.

[1] Cumpre registrar: 1) este artigo adota, no que for pertinente, a equiparação entre união conjugal e união estável inclusive para fins de formação da esfera patrimonial familiar, em conformidade com o disposto no art. 226 da CF/88; 2) reconhecemos a manutenção do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro, com expressa previsão legal no Código Civil e no Código de Processo Civil.

[2] Disponível em: https://cultura.estadao.com.br/blogs/direto-da-fonte/google-brasil-revela-aumento-surpreendente-de-busca-pelo-termo-divorcio-online-gratuito/ Acesso em 29 de junho de 2020.

[3] Como exemplo, conferir esta chamada noticiante: “Pandemia do divórcio: a procura por advogados aumentou 177% em escritório brasileiro durante a quarentena: Brasil,

A sociedade conjugal pode ser dissolvida pela morte de um dos cônjuges; por nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial; pelo divórcio (art. 1.571 CC; 693 e seguintes CPC; 731 e seguintes CPC). Contudo, diante dos números alarmantes acima expostos, o desenvolvimento deste artigo restringir-se-á à análise da dissolução da sociedade conjugal pela via do divórcio.

Dentre os efeitos da dissolução da sociedade conjugal está a extinção do regime de bens, com a consequente partilha. Nesse contexto, questiona-se: há mecanismos do Direito para evitar ou reverter fraude na partilha de bens? A partir dessa pergunta, pretende-se elucidar ferramentas jurídicas disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para obstaculizar atos fraudulentos havidos na repartição patrimonial no âmbito do desenlace conjugal voluntário.

A esfera patrimonial familiar pode conter bens particulares (ou próprios de um dos cônjuges), comuns (quando adotado o regime de comunhão); em copropriedade (quando não há incidência da comunhão de bens, mas ambos figuram como proprietários do bem), gravados, etc. Saliente-se, todavia, que a presença de um dos tipos ora relacionados não exclui a de outro.[4]

China, EUA, Itália, Portugal, Austrália e África do Sul. Em um levantamento exclusivo, entrevistamos especialistas de cada um desses países e mapeamos a situação familiar em pleno isolamento social". Disponível em: https://paisefilhos.uol.com.br/familia/pandemia-do-divorcio-a-procura-por-advogados-aumentou-177-no-brasil-durante-a-quarentena/ acesso em: 29 de junho de 2020. Conferir também: https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/brasil/2020/06/aumenta-procura-por-divorcio-durante-a-pandemia.html

[4] Outra questão de notória dinamicidade está na gestão da família e na administração da massa patrimonial familiar, sobretudo quando há configuração de igualdade e independência entre os cônjuges/companheiros. Trata-se de equivalência de poderes reconhecida também no plano jurídico, inclusive quanto à gestão familiar. (artigos 1.511 e 1.567 do CC/02; artigos 5°, caput e 226, §5° da CF/88). O tema também foi abordado em: GUEDES, Lorena. **Provocações sobre o problema da posse em relação aos bens próprios dos cônjuges: breve ensaio**. In: Coluna ABDPro no site Empório do direito. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-73-

O regramento dos artigos 1.639 a 1.641 do CC delineia que a união conjugal deve se submeter a um regime de bens, convencional ou compulsório. No ordenamento jurídico brasileiro estão previstos os regimes de comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação de bens (compulsória e convencional).

Ressalvadas as exceções legais, preserva-se a autonomia privada dos nubentes autorizando a escolha do regime de bens por meio do pacto antenupcial (ou pela regulamentação patrimonial da união estável)[5].

A possibilidade de submeter a relação conjugal ao pacto antenupcial enseja a coexistência de duas sistemáticas patrimoniais. Fala-se na estruturação de um regime de bens primário, cujos princípios e regramentos são fornecidos pelo regramento legal do Código Civil brasileiro. E, na mesma linha conceitual, ter-se-iam efeitos patrimoniais secundários, advindos de um regime de bens complementar que se forma com a pactuação dos nubentes, organizado em conformidade com o projeto de vida de cada um dos consortes.[6]

Cumpre notar que o direito de família carrega estreita relação com o direito das obrigações, demandando atenção em muitos aspectos, dos quais é possível destacar: a) a identificação e delimitação dos

---

provocacoes-sobre-o-problema-da-posse-em-relacao-aos-bens-proprios-dos-conjuges-breve-ensaio Acesso em 1° de julho de 2020.

[5] Nessa linha, acrescente-se a memória do teor sumular n° 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Bem como o teor do enunciado 634 da Jornada de Direito Civil: “É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF”.

[6] “Nesse sentido: O sistema pactício aceito pelos brasileiros é o da coexistência de dois modelos que se integram em um único pacto, contemplando um regime primário de bens de pura adesão dos consortes e outro secundário, complementar, que dá parcial vazão à autonomia privada dos cônjuges, desde que as cláusulas alinhavadas não contravenham disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655).” MADALENO, Rolf. **A Crise Conjugal e Colapso dos Atuais Modelos de Regimes de Bens**. In Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Belo Horizonte: Magister, v. 13, n. 25, dez/jan 2011, pp. 318-319.

poderes dos cônjuges sobre a massa patrimonial familiar; b) a identificação de quem pode ser indicado como responsável por atos que tenham pertinência com a massa patrimonial familiar; c) a delimitação do patrimônio que responde por obrigações civis assumidas pelos cônjuges; d) a especificação do patrimônio responsável por garantir as estruturas da família e como pode ser viabilizada a sua proteção.[7]

Essa complexa configuração pode vir a dificultar a justa partilha de bens em caso de dissolução da união conjugal, tornando hercúlea a tarefa de discriminar quais porções patrimoniais devem ser submetidas à meação.

Toda a complexidade acima relatada tem potencial para ganhar nova roupagem nos tempos atuais, pois os efeitos da pandemia vão muito além do isolamento social impositivo. A crise econômica já assola o país e, com ela, as dificuldades financeiras farão parte da rotina de muitas famílias; são fatores que influenciar sobremaneira no desenlace conjugal com especial repercussão na partilha de bens.

Dentre os meios pelos quais se põe fim à união conjugal, elegemos tratar sobre o divórcio, dissolução voluntária da sociedade (art. 1.571, IV do CC). Desde a sua expressa previsão no direito brasileiro[8], o

---

[7] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil:** família**.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015. Vol. 5. pp. 331-332.

[8] Nas palavras de Paulo Lobo, o instituto conta com a seguinte evolução constitucional no Brasil: “a) com a emenda do divórcio em 1977, a separação judicial era requisito prévio necessário para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação do prazo de três anos daquela; não havia portanto, divórcio direto; b) com a Constituição de 1988, a separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio, passando a ser facultativa, tendo duas finalidades: 1ª – ser convertida em divórcio, após um ano da decisão da separação judicial (ou da separação de corpos), o que a tornava um requisito por decisão dos cônjuges; 2ª – permitir a reconciliação dos separados, antes do divórcio por conversão. O divórcio direto, por sua vez, dependia do requisito temporal (dois anos) da separação de fato; c) com a EC n. 66 de 2010, que deu nova redação ao §6° do art. 226 da Constituição, a separação judicial desapareceu, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio; desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto por mútuo

instituto segue em constante metamorfose, buscando sempre o necessário equilíbrio entre a dinamicidade dos anseios sociais e a imprescindível segurança jurídica.

O ordenamento pátrio prevê três tipos de divórcio: a) judicial litigioso, requerido em juízo quando não há consenso entre as partes; b) judicial consensual, pela via da jurisdição voluntária; c) extrajudicial consensual, que se realiza por escritura pública.

O último movimento do instituto provocou polêmica, defendido por alguns e rechaçado por outros.[9] O chamado divórcio impositivo, delineado incialmente pelo Provimento 06/2019 da Corregedoria do TJPE (revogado), viabilizaria a averbação do divórcio perante cartório de registro civil mediante requerimento unilateral de qualquer dos cônjuges.

A limitação do presente artigo impede o necessário desenvolvimento dos argumentos então suscitados, sob pena de desvio do tema proposto. Todavia, importa registrar: aqueles que festejaram a inovação apoiam-se no permissivo exercício de um direito potestativo, no potencial de desafogamento do judiciário e na desburocratização. Em sentido contrário, os que repulsaram a ideia o fizeram indicando vícios formais e materiais que invalidariam o divórcio impositivo. O CNJ

---

consentimento dos cônjuges (judicial ou extrajudicial) quanto litigioso. LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 143.

[9] Nesse sentido, conferir: RESENDE, Anna Caroline da Silva; CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. **Divórcio impositivo: exercício da autonomia da vontade ou ameaça à pacificação?** In: Abordagens comportamental e jurídica nas relações familiares. Organizadores Patrícia Fortes Lopes Donzele Cielo e Adriano Cielo Dotto. – Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2019. Disponível online. pp. 23-24. Conferir também: ALVES, Jones Figueirêdo. **É desnecessária a exigência de lei para formalizar o divórcio impositivo.** Revista Consultor Jurídico, 30 de maio de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/jones-figueiredo-nao-preciso-lei-formalizar-divorcio-impositivo. Acesso em 28 de junho de 2020; COSTA FILHO, Venceslau Tavares; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. **Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis**. Revista Consultor Jurídico, 30 de maio de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniaodivorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao. Acesso em 28 de junho de 2020.

suspendeu as controvérsias quando proibiu que os Tribunais editassem qualquer regramento sobre o tema, porém o PL3457/2019[10] promete renovar os debates.

Com efeito, uma das críticas ao divórcio impositivo delineado no Provimento 06/2019 da Corregedoria do TJPE tem íntima relação com o tema ora aventado, pois permitiria ao cônjuge requerente a postergação unilateral da partilha de bens, deslocando-a para depois do divórcio extrajudicial, o que afrontaria o previsto nos artigos 731 e 733 do CPC.[11]

---

[10] O Projeto de Lei 3457/2019 acrescenta o art. 733-A ao CPC/15, propondo a seguinte redação: "Art. 733-A. Na falta de anuência de um dos cônjuges, poderá o outro requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em que lançado o assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais. § 1º. O pedido de averbação será subscrito pelo interessado e por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 2º. O cônjuge não anuente será notificado pessoalmente, para fins de prévio conhecimento da averbação pretendida. Na hipótese de não encontrado o cônjuge notificando, proceder-se-á com a sua notificação editalícia, após insuficientes as buscas de endereço nas bases de dados disponibilizadas ao sistema judiciário. § 3º. Após efetivada a notificação pessoal ou por edital, o Oficial do Registro Civil procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio. § 4º. Em havendo no pedido de averbação do divórcio, cláusula relativa à alteração do nome do cônjuge requerente, em retomada do uso do seu nome de solteiro, o Oficial de Registro que averbar o ato, também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade; ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação. § 5º. Com exceção do disposto no parágrafo anterior, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido de divórcio, especialmente alimentos, arrolamento e partilha de bens ou medidas protetivas, as quais serão tratadas no juízo competente, sem prejuízo da averbação do divórcio.".

[11] Nesse sentido, alertam Roberto Paulino e Venceslau Tavares: "O divórcio impositivo, nos moldes propostos pelo provimento em questão (Provimento n. 06/2019, da Corregedoria de Justiça de Pernambuco, já revogado), viola a regra contida no artigo 733 c/c artigo 731, parágrafo único do Código de Processo Civil, porquanto permita que um dos cônjuges disponha unilateralmente no sentido de postergar a partilha dos bens no âmbito do divórcio extrajudicial. A divergência apenas quanto à partilha de bens não inviabiliza a celebração de escritura de divórcio ou separação, desde que os interessados concordem em relação ao divórcio propriamente dito, ou à separação. Entretanto, a fim de resguardar os direitos dos interessados, deve constar da escritura uma cláusula dispondo que os celebrantes acordaram no sentido de realizar a partilha a posteriori, bem como descrevendo os bens comuns e os bens particulares"

O Código de Processo Civil cuida do divórcio e da separação consensuais, além da extinção consensual de União Estável e da alteração do regime de bens matrimonial, o que faz nos artigos 731 a 734. No âmbito contencioso, o diploma processual também conta com capítulo destinado às ações de família, artigos 693 a 699, onde dispõe sobre meios para solução do litígio familiar com expressa referência aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.[12]

Independentemente do modelo adotado, o caminho da dissolução conjugal pode ser inevitável em alguns casos e a partilha de bens deverá ser uma etapa corriqueira dessa jornada apartadora, quer seja realizada concomitantemente, quer seja diferida. Quanto à última, vale o alerta de Rosa Nery:

> A não partilha dos bens do casal pode ser causa de numerosas celeumas, principalmente no que toca à definição do patrimônio de cada qual dos divorciados, porque o condomínio de bens entre os divorciados pode reabrir discussões antigas entre o casal e também se realizar *a posteriori* com prejuízo de um dos envolvidos.[13]

De fato, é indubitável o desgaste inerente ao término de uma relação conjugal, que pode ser ainda mais penoso em tempo de isolamento social. Não bastasse, são muitos os casais que, em acréscimo,

---

[12] Em complemento: Nos artigos 693 a 699, o diploma processual oferece reforços à autocomposição do litígio familiar sem olvidar dos procedimentos previstos nas leis especiais; ademais, trata de regras específicas e diferenciadas para manejo das citações/intimações; também prevê que profissionais especialistas acompanhem determinados atos no processo (art. 699). Vê-se, portanto, que tais peculiaridades especializam o procedimento a ser adotado para cuidar dos direitos relativos aos litígios familiares. GUEDES, Lorena B. d'Almeida. **Das Ações de Família (arts. 693 a 699)**. In: PEIXOTO, Ravi. (Org.). Enunciados FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Civis organizados por assunto, anotados e comentados. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. pp. 571-578.

[13] NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil:** família**.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015. Vol. 5. p. 313.

enfrentam o litígio da partilha de bens, e quando há indícios de ocultação ou desvio de patrimônio, os ânimos são insuflados, tornando a jornada litigiosa mais desafiadora.

A partilha de bens em sede de separação e divórcio pode ser consensual ou litigiosa[14] e se submete ao regramento do direito civil aplicável na partilha sucessória. Assim, a tratativa dada pelos artigos 2.013 a 2.027 do CC deve ser observada, no que couber, quanto ao procedimento de repartição da massa patrimonial familiar em decorrência do divórcio[15]. De igual modo, em paralelo, dever-se-á considerar os artigos 647 a 658 do diploma processual.

Antes de prosseguirmos, impõe-se o registro de uma ressalva: não se deve abandonar a expectativa de que os cônjuges agem de boa-fé[16] quando da gestão do patrimônio familiar na constância da união e,

---

[14] Alternativamente, as partes podem aderir à via arbitral. Nesse sentido: Largamente utilizada no direito empresarial, a arbitragem é uma alternativa viável para a solução de conflitos gerados pela partilha de bens do casamento, pois consabido ser a questão patrimonial um direito disponível, é passível, portanto a escolha pelo procedimento arbitral pelos cônjuges antes do litígio, ou em momento anterior por meio de cláusula compromissória no pacto antenupcial. CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes do divórcio**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito das Relações Sociais: Direito Civil. São Paulo, 2015. p. 81.

[15] Ademais, nos temos do art. 39 da Resolução CNJ nº 35 de 24/04/2007, “A partilha em escritura pública de separação e divórcio consensuais far-se-á conforme as regras da partilha em inventário extrajudicial, no que couber”.

[16] Nesse sentido: os valores essenciais da boa-fé objetiva deveriam igualmente permear as partilhas litigiosas, mas as regras de condutas, o agir honesto, leal e ético passam longe dos combates conjugais, e ao invés de os consortes contribuírem e agirem com transparência com a indicação dos bens partilháveis e suas avaliações, não medem esforços para diminuir o acervo comum, precisando, evidentemente, em razão disso, a parte mais vulnerável ser cada vez mais protegida pelo estado para evitar os nefastos resultados do desequilíbrio econômico e a afronta direta à boa-fé objetiva, pelo incontestável enriquecimento indevido, pois, em analogia ao direito obrigacional previsto no art. 422 do código civil, os consortes são obrigados a guardar tanto antes, coo na execução e na conclusão do casamento os princípios de probidade e boa-fé. CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes do divórcio**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica

de igual modo, que o farão na condução da partilha de bens em caso de dissolução. No entanto, em diversas vezes, a conduta de má-fé[17] se faz presente, tornando imprescindível a adequada intervenção jurídica em busca de soluções justas.

Dentre os artifícios fraudulentos mais comuns estão: 1) a ocultação de bens, que pode se dar por interposta pessoa ou por sociedade empresarial; 2) a simulação de obrigações, criando-se falsas dívidas.

O procedimento de partilha no âmbito judicial corre em segredo de justiça, todavia, no que se refere à proteção do interesse de terceiros,

---

de São Paulo. Mestrado em Direito das Relações Sociais: Direito Civil. São Paulo, 2015. p. 56.

[17] Sobre o tema, interessa o parecer de Paulo Lôbo, em consulta relativa a caso prático no qual a ex-cônjuge aponta erro, dolo, coação, lesão e violação da boa-fé e pleiteia a anulação de acordo de partilha alegando a existência de defeitos do negócio jurídico. Em conclusão relativa à análise do caso posto, o autor apresenta o que segue colacionado: A partilha, decorrente de divórcio ou sucessão, é anulável quando ficar constatada existência de defeito do negócio jurídico, em qualquer de suas modalidades, que encerram *numerus clausus* e tipicidade irredutível, de acordo com os requisitos de cada um. Cada modalidade é única e não intercambiável, valendo dizer que as condutas e requisitos de uma não servem para outra. No caso sob exame, o mesmo fato serviu de base, inadequadamente, para outras modalidades. (...) A violação do dever de conduta de boa-fé objetiva não se enquadra nas modalidades taxativas de defeitos dos negócios jurídicos, que anulam a partilha (arts. 138 a 165 do Código Civil). Não é vício nem defeito do negócio jurídico. Sua ocorrência leva à nulidade do negócio jurídico, mas não à anulabilidade. A anulação de partilha depende de iniciativa da parte que alega o vício ou defeito do negócio jurídico, pois só a ela aproveita, diferentemente das hipóteses de nulidade que podem ser invocadas pelo Ministério Público ou declarada de ofício pelo juiz. Contudo, os mesmos fatos que serviram de esteios para a imputação de defeitos do negócio jurídico, atribuídos ao ex-marido, não condizem com a precisa caracterização da boa-fé objetiva, que é dever de conduta leal, correta e cooperativa nas relações negociais. Não se pode confundir boa-fé objetiva com hipossuficiência técnica ou emocional, se esta efetivamente ocorrer, pois de natureza distinta. Pelo exame desapaixonado dos fatos ocorridos, neste caso, nenhum comportamento do ex-marido configura lesão à boa-fé objetiva. Contrariamente, se a ex-esposa sabia do equívoco da autoridade tributante, quando do cálculo do excesso de meação, agiu de má-fé ao pedir a anulação parcial do acordo de divórcio; se não sabia, deveria ter procurado obter a informação necessária, que é garantia constitucional (Constituição, art. 5º, XXXIII), antes do ajuizamento temerário da ação, o que também importa má-fé. LÔBO, Paulo. **Anulação de partilha e boa-fé.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 20, p. 157-175, abr./jun. 2019. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/415/296 Acesso em: 04 de julho de 2020.

o diploma processual autoriza a publicidade, condicionada à demonstração interesse jurídico. Assim, pessoa alheia àquela relação poderá requerer ao juízo da ação a certidão da partilha resultante do divórcio ou da separação (art. 189, §2° CPC), viabilizando a aferição de eventual lesão.

No ordenamento pátrio, há ferramentas jurídicas para coibir, identificar e, por fim, reverter fraude à partilha de bens, ou ainda penalizar quem fraudou. Assim, nesta oportunidade, sem a pretensão do esgotamento, serão apontados alguns instrumentos.

No âmbito processual, a parte lesada pode emendar a partilha nos mesmos autos em caso de erro na descrição dos bens (art. 656 CPC), ou requerer a sobrepartilha (artigos 669 e 670 CPC). Pode ainda ajuizar ação anulatória ou ação rescisória, vias que encontram respaldo legal nos artigos 657, 658 e 966, todos do CPC.

Nesse sentido, chama-se atenção à aplicabilidade do regramento constante no art. 2.027 do CC, pois prevê a anulabilidade da partilha em caso de vícios e defeitos aptos a macular os negócios jurídicos[18]. O parágrafo único do dispositivo prevê ainda o prazo de um ano para exercício do direito de anular.

Quanto ao prazo decadencial, importa remetermos à breve análise do art. 3° da recente Lei 14.010 de 10 de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia Covid-19:

> Art. 3º **Os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos, conforme o caso, a partir da entrada em vigor desta Lei até 30 de outubro de 2020**.

---

[18] Com mesma interpretação, conferir enunciado 612 da VII Jornada de Direito Civil: "O prazo para exercer o direito de anular a partilha amigável judicial, decorrente de dissolução de sociedade conjugal ou de união estável, extingue-se em 1 (um) ano da data do trânsito em julgado da sentença homologatória, consoante dispõem o art. 2.027, parágrafo único, do Código Civil de 2002, e o art. 1.029, parágrafo único, do Código de Processo Civil (art. 657, parágrafo único, do Novo CPC)".

> § 1º Este artigo não se aplica enquanto perdurarem as hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais previstas no ordenamento jurídico nacional.
> § 2º **Este artigo aplica-se à decadência**, conforme ressalva prevista no art. 207 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). (grifo nosso).

A valer, a incidência do dispositivo colacionado protege quem está coberto pela janela decadencial em face de ex-cônjuge, prolongando o lapso temporal para anular partilha eivada de vícios.

Também é possível perseguir a via da Ação Pauliana, especialmente no que se refere à perspectiva de fraude com relação a terceiros, pois viabiliza a desconstituição do ato fraudulento e lesivo ao credor, tornando-o sem efeito.

Na seara das técnicas processuais, a produção antecipada de provas (art. 381 CPC) viabiliza, por exemplo, a realização de perícia contábil sobre quotas sociais de um dos cônjuges, para aferir se há variação patrimonial a integrar a meação. A ferramenta também permite o prévio arrolamento de bens (art. 381, §1° CPC), solução que, em caráter de urgência, pode ainda contar com o reforço de efetivação previsto no art. 301 do mesmo diploma.

Em sede de tutela de urgência (art. 300 e seguintes CPC), demonstrado o risco de dilapidação, permite-se a concessão de medidas constritivas que garantam a conservação do patrimônio antes da partilha, a exemplo do bloqueio de contas bancárias.

No direito civil, o artigo 50 do CC também figura entre os instrumentos legais a serem usados para refrear a ocultação ou o desvio de patrimônio em desfavor de um dos cônjuges[19]. O dispositivo prevê a

---

[19] No mesmo sentido: A norma é também aplicável às relações de família, principalmente nas hipóteses de partilha dos bens comuns do casal ou das obrigações alimentares, sempre que se constatar que o cônjuge empresário – ou companheiro, na dissolução da união estável – de pessoa jurídica que integre como sócio, pôs, sob a titularidade desta, bens que deveriam ingressar na comunhão, ou que deveriam estar sob sua própria titularidade, de modo que esses

desconsideração da personalidade jurídica quando o cônjuge empresário, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, faz uso de pessoa jurídica para subtrair direito do outro cônjuge relacionado à esfera patrimonial do casal.

O instituto também conta com a expressa tratativa dos artigos 133 a 137 do CPC, incorporando a construção jurisprudencial[20] conformada sobre a *disregard of legal entity doctrine* em suas versões direta e inversa[21].

Quanto à possibilidade de punir quem sonega bens para frustrar a justa partilha, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra incipiência. Há quem defenda a aplicação do art. 1.992 CC, onde há expressa previsão de perda dos direitos sobre o bem sonegado[22]. No entanto, não

---

bens pudessem responder por suas dívidas pessoais. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 153/154. Conferir também: TARTUCE, Flávio. **A des consideração da personalidade jurídica aplicada ao Direito de Família e das Sucessões e a medida provisória 881/2019 (liberdade econômica)** - Visão crítica. In: Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/303198/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-aplicada-ao-direito-de-familia-e-das-sucessoes-e-amedidaprovisoria8812019liberdadeeconomicavisaocritica#:~:text=Como%20se%20retira%20de%20outro,inten%C3%A7%C3%A3o%20de%20retirar%20do%20outro. Acesso em: 28 de junho de 2020.

[20] Em reiteradas vezes o STJ reproduziu o precedente que segue, *in verbis*: "A jurisprudência desta Corte admite a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica toda vez que um dos cônjuges ou companheiros utilizar-se da sociedade empresária que detém controle, ou de interposta pessoa física, com a intenção de retirar do outro consorte ou companheiro direitos provenientes da relação conjugal." (REsp 1522142/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017).

[21] Explico: "alude-se à desconsideração inversa para permitir que o patrimônio de certa pessoa jurídica possa ser empregado para responder por dívidas pessoais de seus sócios". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 207.

[22] CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes do divórcio**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito das Relações Sociais: Direito Civil. São Paulo, 2015. p. 149 e seguintes.

se pode admitir interpretação ampliativa sobre norma restritiva de direito, ainda que se dê sob a perspectiva sistemática.

Na tentativa de suprir a evidente lacuna que há no ordenamento jurídico brasileiro, o projeto de Lei 2.452/2019 prevê punição daquele que, imbuído de má-fé, praticar ato fraudulento para ocultar um bem em desfavor do outro cônjuge.[23] A penalidade consiste na perda total de direitos sobre o bem, o que se daria em favor do cônjuge prejudicado.

Enquanto não contamos com expressa previsão normativa para punir quem sonega bens fraudando a partilha, os tribunais viabilizam medidas de reversão. No âmbito jurisdicional, por exemplo, em julgado recente, o Tribunal de Minas Gerais confirmou sentença que determinou ao ex-cônjuge o pagamento de valores sonegados no período do divórcio.[24]

Assim, pode-se concluir, o ordenamento jurídico brasileiro oferece mecanismos que pretendem projetar segurança jurídica nas relações familiares sob as perspectivas interna e externa e cumpre a missão de moldar os contornos patrimoniais da família.

De fato, a tratativa normativa exposta neste trabalho não possui o condão de encerrar a ampla complexidade inerente à formação da esfera patrimonial familiar e à eventual partilha, mas evidencia

---

[23] Para conferir a tramitação do projeto 2.452/2019, acessar https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136421.

[24] Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO DE SOBREPARTILHA - SONEGAÇÃO POR OCASIÃO DO DIVÓRCIO - FATO INCONTESTE - AUSÊNCIA DE PROVA DO ADIMPLEMENTO CONCERNENTE À MEAÇÃO DA PARTE AUTORA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO NÃO PROVIDO. Estão sujeitos à sobrepartilha, nos termos do art. 2.022, do Código Civil, os bens sonegados e desconhecidos quando da partilha. Por não ter o réu se desincumbido de seu ônus quanto à comprovação do adimplemento da quantia objeto de sonegação por ele não negada, há de ser mantida a sentença de procedência do pleito vestibular. Recurso não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.037879-2/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/06/2020, publicação da súmula em 17/06/2020).

ferramentas variadas que circundam as relações jurídicas, evitando-se que atos eivados de má-fé lesionem direitos indefinidamente.

Por fim, fica o alerta: com o crescente número de divórcios, o operador do direito deve estar atento às hipóteses e soluções acima relatadas. Assim, seja buscando prevenir, identificar ou reverter situações fraudulentas, poderá viabilizar técnica, justa e adequada solução nas partilhas de bens.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **É desnecessária a exigência de lei para formalizar o divórcio impositivo.** Revista Consultor Jurídico, 30 de maio de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/jones-figueiredo-nao-preciso-lei-formalizar-divorcio-impositivo.

CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegados nas partilhas decorrentes do divórcio**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito das Relações Sociais: Direito Civil. São Paulo, 2015. p. 81.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. **Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis**. Revista Consultor Jurídico, 30 de maio de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniaodivorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao.

GUEDES, Lorena B. d'Almeida. **Das Ações de Família (arts. 693 a 699)**. In: PEIXOTO, Ravi. (Org.). Enunciados FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Civis organizados por assunto, anotados e comentados. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. , pp. 571-578.

GUEDES, Lorena. **Provocações sobre o problema da posse em relação aos bens próprios dos cônjuges: breve ensaio**. In: Coluna ABDPro no site Empório do direito. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-73-provocacoes-sobre-o-problema-da-posse-em-relacao-aos-bens-proprios-dos-conjuges-breve-ensaio.

LÔBO, Paulo. **Anulação de partilha e boa-fé.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 20, p. 157-175, abr./jun. 2019. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/415/296.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **A Crise Conjugal e Colapso dos Atuais Modelos de Regimes de Bens**. In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Belo Horizonte: Magister, v. 13, n. 25, dez/jan 2011, pp. 318-319.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil:** família**.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RESENDE, Anna Caroline da Silva; CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. **Divórcio impositivo: exercício da autonomia da vontade ou ameaça à pacificação?** In: Abordagens comportamental e jurídica nas relações familiares. Organizadores Patrícia Fortes Lopes Donzele Cielo e Adriano Cielo Dotto. – Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2019.

TARTUCE, Flávio. **A desconsideração da personalidade jurídica aplicada ao Direito de Família e das Sucessões e a medida provisória 881/2019 (liberdade econômica)** - Visão crítica. In: Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/303198/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-aplicada-ao-direito-de-familia-e-das-sucessoes-e-a-medida-provisoria8812019liberdadeeconomicavisaocritica#:~:text=Como%20se%20retira%20de%20outro,inten%C3%A7%C3%A3o%20de%20retirar%20do%20outro.

Capítulo 5 - Planejamento sucessório e Sucessão

IMPACTOS DA PANDEMIA NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Caio Morau*

A pandemia do novo coronavírus tem redundado em uma imposição involuntária de cinzas na fronte até mesmo dos mais incrédulos, recordando-lhes que são pó e ao pó retornarão, como se costuma fazer memória ao início da Quaresma, desta vez com o agravante de que se está há muito mais de quarentena dias - sem previsão de um final, quanto mais de um final feliz - em penitência igualmente involuntária.

Conforme aumenta a quantidade de mortes dentro e fora do país, os que já não se encontram mais em tenra idade temem o receio do contágio, uns quantos mais jovens de igual modo, preocupando-se cada qual com o que deixarão aos seus em caso de morte inesperada.

Preocupam-se não só com o que deixarão, em termos patrimoniais, mas também com questões ditas existenciais, como o reconhecimento de um filho não realizado em vida.

Prova dos inegáveis efeitos da pandemia é a divulgação de dados pela Associação dos Notários e Registradores do Estado do Paraná no sentido de que houve 70% de aumento, em sua maioria em virtude de idosos, na procura de cartórios extrajudiciais para a lavratura de testamentos.[1]

É bem verdade que o planejamento sucessório engloba diversas outras opções para além do testamento, como doações em vida, instituição de usufruto e *holdings* familiares. Contudo, a forma precípua

---

* Doutorando e Mestre em Direito Civil pela USP, Professor de Direito Civil e Empresarial da Universidade Católica de Brasília, assessor jurídico no Senado Federal e advogado.

[1] Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2020/03/26/clipping-tribuna-parana-coronavirus-aumenta-em-70-a-emissao-de-testamentos-no-parana/>. Acesso em 23 jun. 2020.

de se planejar a sucessão, ainda que não tão frequente no Brasil como em outros países, dá-se por meio do testamento, razão pela qual será o objeto central deste breve artigo, sem prejuízo de alguns comentários sobre as demais formas.

No Brasil, como é sabido, há apenas três espécies de testamento previstas pelo Código Civil, quais sejam, testamento público (arts. 1.864 a 1.867), testamento cerrado (arts. 1.868 a 1.875) e testamento particular (arts. 1.876 a 1.880). Convém mencionar alguns breves aspectos acerca de cada um para que se possa, em seguida, avaliar as possibilidades oferecidas em um cenário absolutamente excepcional como o atualmente vivido.

O testamento público, como o próprio nome faz crer, é lavrado pelo tabelião, na presença de duas testemunhas, por todos firmado, podendo ser escrito de próprio punho ou mecanicamente, com auxílio de computador. Em termos de acessibilidade, permite-se que os deficientes visuais e auditivos figurem como testadores.

O testamento cerrado, termo mais usual em língua espanhola cujo sentido é o de fechado, pode ser escrito tanto pelo testador como por um terceiro a seu pedido, desde que firmado por aquele e encaminhado ao tabelião presentes duas testemunhas, ao que este se encarrega de lavrar o auto de aprovação.

As vantagens dessa modalidade de testamento são as de que não se faz necessário o uso do vernáculo e contemplam-se os surdos-mudos se observadas as exigências do art. 1.873 do diploma civil. Contudo, é vedado valer-se do testamento cerrado a quem não saiba ou não possa ler.

Por fim, tem-se o testamento particular, cuja relevância, *a fortiori*, torna-se indiscutível em um período em que a necessidade de isolamento social se impõe e o contágio, mesmo entre pessoas de uma mesma residência, não está descartado.

Com formalidades ligeiramente diversas em relação ao escrito de próprio punho e ao redigido com auxílio mecânico, o tipo de testamento sob exame, por ser revestido de solenidades menos intensas

que os anteriores, exige uma testemunha a mais, já que, em um primeiro momento, não é submetido a nenhuma autoridade pública.

O testamento particular figura como principal opção tantos aos enfermos como aos sãos, justamente por estarem apartados do convívio social e por não se exigir, como já se disse, uma chancela oficial ao final de sua confecção.

Tem sido amplamente discutida pela doutrina a possibilidade de que o testador venha a se valer do quanto disposto pelo art. 1.879 do Código Civil, por meio do qual se dispensa a assinatura de testemunhas em circunstâncias excepcionais mencionadas no instrumento, com a ressalva de que ao juiz, morto o testador, seja permitida a sua desconsideração.

Como não se podia imaginar uma pandemia nas proporções da vivenciada no corrente ano, os exemplos carreados pela doutrina sobre as referidas circunstâncias excepcionais versavam sobre situações como a de um náufrago em um ilha deserta ou de um indivíduo preso em um prédio em chamas.[2]

Não há dúvidas, entretanto, de que a crise sanitária causada pelo coronavírus se enquadra no parâmetro de excepcionalidade adotado pelo legislador. Desse modo, parece-nos razoável que qualquer cidadão, mesmo não acometido da doença ou fora do grupo de risco, possa valer-se do dispositivo mencionado.

A dispensa das testemunhas é plenamente justificável. O art. 1.650 do Código Beviláqua, que tratava das testemunhas testementárias, não foi replicado pelo atual, de modo que prevalece a regra do art. 228[3], extraída da Parte Geral, não sem graves críticas[4].

---

[2] Cf. PELUSO, Cezar (org.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência.* 7. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2013, p. 2.269.

[3] Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas: I - os menores de dezesseis anos; II - (Revogado); III - (Revogado); IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

[4] "Como se percebe, teria sido melhor manter, no Código de 2002, dispositivo específico referente às testemunhas testamentárias, apenas aprimorando o art. 1.650 do

Nesse contexto, não podem testemunhar o cônjuge - companheiro tampouco -, ascendentes, descendentes e colateriais até o terceiro grau, bem como os afins do herdeiro e do legatário. Assim sendo, seria absolutamente irrazóavel exigir que o testador saia de sua residência para colher assinaturas de testemunhas que não estariam impedidas por força de lei.

Portanto, qualquer indivíduo com mais de dezesseis anos e gozando do discernimento necessário, de próprio punho[5], pode dispor sobre suas últimas vontades enquanto perdurarem os perversos efeitos da pandemia, sem que tenha de capturar testemunhas.

A controvérsia recai apenas sobre a caducidade ou não do testamento particular redigido em condições extraordinárias. O art. 1.879 silencia a respeito, mas considerável parcela da doutrina, a nosso ver com razão, defende que cessadas as circunstâncias anômalas e tendo sobrevivido o testador por tempo suficiente que lhe permita testar pela forma ordinária, não se pode reputar válido o testamento excepcional.[6]

Nessa esteira, razoável a interpretação no sentido de aplicar analogicamente os arts. 1.891 e 1.895, que cuidam respectivamente dos testamentos marítimos e aeronáuticos e do militar, os quais estipulam um prazo de noventa dias da cessação das circunstâncias excepcionais.[7]

Ainda que não se entenda pela caducidade[8], o art. 1.858 enuncia a revogabilidade, total ou parcial, dos testamentos, de modo que ao final

---

anterior." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 6. 24. ed. Atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 243.

[5] Note-se que a redação do art. 1.879 não contempla a possibilidade de escrita mecânica no testamento particular de emergência.

[6] Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Sucessões.* 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 218.

[7] Cf. MARX NETO, Edgard Audomar; BRITO, Laura Souza Lima e. *A confirmação do testamento particular durante a crise da Covid-19*, p. 3. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/direito-civil-atual-confirmacao-testamento-particular-crise-covid-19?imprimir=1>. Acesso em 23 jun. 2020.

[8] Por todos, cf. PELUSO, Cezar (org.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência.* 7. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2013, p. 2.269.

da pandemia, os testadores, se julgarem conveniente, poderão modificá-los ou mesmo retirar-lhes a possibilidade futura de produção de efeitos através da revogação.

O testamento particular hológrafo, todavia, como já se mencionou brevemente, a par da potencial caducidade, comporta outros riscos que podem inviabilizar a concretização da vontade do testador.

Após sua morte, deve ser requerida a publicação do testamento pelo herdeiro, legatário, testamenteiro ou terceiro detentor do testamento. Intimados os herdeiros que não tenham apresentado o requerimento, o art. 737, § 2º do Código de Processo Civil determina que o juiz deverá, ouvido o Ministério Público, decidir acerca de sua confirmação ou não.

O objetivo da confirmação em juízo é precisamente verificar a sua autenticidade e o cumprimento dos requisitos formais, a exemplo da declaração das circunstâncias excepcionais na cédula testamentária, devendo o magistrado proceder de modo a fazer prevalecer a vontade do testador, ainda que haja vícios formais que a maculem.

Além do testamento particular de emergência, uma excelente iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento n° 100, de 26 de maio de 2020, tornou possível a edição de ato notarial eletrônico, definido pelo art. 2°, VI como o "conjunto de metadados, gravações de declarações de anuência das partes por videoconferência notarial e documento eletrônico, correspondentes a um ato notarial."

O ato notarial eletrônico funciona com base em cinco pilares elencados pelo art. 3° do Provimento do CNJ, quais sejam, a videoconferência para captar o consentimento das partes, a concordância manifestada pelas partes com relação ao teor do ato, a assinatura digital também das partes apenas por meio do e-Notariado, a assinatura do tabelião através de certificado digital ICP-Brasil e o uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital.

O e-Notariado passará a disponibilizar diversas funcionalidades, como matrículas notariais eletrônicas, fornecimento de certificados digitais

notarizados e assinaturas eletrônicas notarizadas, interconexão de notários, sistemas de identificação e validação biométrica.

Muito embora o art. 35, ao mencionar que o sistema do e-Notariado seria implementado a partir da publicação do ato, estabeleça um prazo máximo de seis meses com relação ao que demandar cronograma técnico, já há notícias de que diversas serventias em todo o país estão lavrando atos com o uso das tecnologias permitidas.[9]

Esse cenário, ainda que incipiente, indica que será franqueado o uso de outras formas de testamento para além do particular de emergência se o aludido sistema obtiver êxito na implantação em distintas regiões do país. Além disso, permitirá o manejo das demais opções de planejamento sucessório, a exemplo das doações feitas em vida e da instituição de usufruto.

Trata-se, pois, de verdadeira facilitação no acesso aos cartórios extrajudiciais, cujas inovações tecnológicas provavelmente serão mantidas e aperfeiçoadas após o esperado desfecho da crise sanitária.

Por fim, deve-se mencionar que o chamado testamento vital, apesar da terminologia utilizada, não integra propriamente o planejamento sucessório, na medida em que suas disposições pretendem ganhar eficácia durante a própria vida daquele que é acometido de doença grave, quedando inconsciente, e que informa os tratamentos aos quais não deseja se submeter caso não possa manifestar sua vontade.[10]

O testamento vital dispõe, portanto, sobre questões eminentemente existenciais e que, no entanto, podem ter reflexos patrimoniais indiretos, como quando o testador manifesta vontade de

---

[9] BONILHA FILHO, Márcio Martins. *Aspectos práticos dos atos notariais eletrônicos e o novo tabelionato de notas.* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/329486/aspectos-praticos-dos-atos-notariais-eletronicos-e-o-novo-tabelionato-de-notas>. Acesso em 25 jun. 2020.

[10] LIPPMANN, Ernesto. *Testamento vital.* São Paulo: Matrix, 2013, p. 17.

dispensar determinados tratamentos, os quais importariam, na ausência de convênio medico, em altas despesas.

Não há qualquer dúvida de que a pandemia do novo coronavírus ocasionou mudanças notáveis em termos de planejamento sucessório. Entretanto, como se procurou examinar, há instrumentos suficientes para os que queiram, nessas exatas condições, manifestar, com efeitos juridicamente reconhecidos, suas últimas vontades.

REFERÊNCIAS

BONILHA FILHO, Márcio Martins. **Aspectos práticos dos atos notariais eletrônicos e o novo tabelionato de notas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/329486/aspectos-praticos-dos-atos-notariais-eletronicos-e-o-novo-tabelionato-de-notas>. Acesso em 25 jun. 2020.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital.** São Paulo: Matrix, 2013.

MARX NETO, Edgard Audomar; BRITO, Laura Souza Lima e. **A confirmação do testamento particular durante a crise da Covid-19**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/direito-civil-atual-confirmacao-testamento-particular-crise-covid-19?imprimir=1>. Acesso em 23 jun. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PELUSO, Cezar (org.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 6. 24. ed. Atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Sucessões**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

UTILIZAÇÃO DO USUFRUTO DE COTAS DE CAPITAL COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E SUCESSÓRIO EM TEMPOS DE CRISE

Mariane Andréia Cardoso dos Santos*

O planejamento empresarial tornou-se ferramenta fundamental no contexto de uma economia globalizada e altamente competitiva e é ainda mais relevante no atual cenário de crise, em razão da Pandemia de Covid-19. Por isso, como a busca pelo incremento da eficiência no exercício das atividades empresariais e na tutela da propriedade privada encontra-se respaldada na Ordem Constitucional, deve-se defender os instrumentos legalmente disponíveis para planejamento sucessório, inclusive no que tange aos aspectos tributários.

Nesse contexto, há diversos núcleos familiares em que os genitores possuem vasta extensão patrimonial e desejam, ainda em vida, tomar uma série de decisões e providências a fim de planejarem a sucessão aos seus herdeiros. Para tanto, muitas vezes, decide-se constituir uma empresa familiar, cujo o objeto é controlar o patrimônio daquelas pessoas físicas. Pretende-se, com isso, perpetuar o patrimônio construído bem como a defesa contra contingências externas. Busca-se, também, muitas vezes, elidir a incidência de tributos, a fim de reduzir tal ônus sobre o patrimônio que será, um dia, herdado pelos sucessores.

Estabelecida a premissa acima, recaí no instrumento de usufruto uma interessante ferramenta para garantir a propriedade dos bens e transmitir ou manter a posse sobre seus frutos. Para fins de planejamento sucessório, o instituto apresenta características extensas que podem ser

* Professora da PUC/Minas. Mestre e graduada em Direito pela UFMG. Presidente da Comissão de Direito Penal Econômico da OAB/Varginha. Presidente do Instituto de Juristas Brasileiras. E-mail: marianeacsantos@gmail.com.

utilizadas como substituto aos expedientes das doações, comumente utilizado nas operações pré-sucessórias.

É historicamente comum a formação de empresas cujos sócios possuem entre si, para além do *affectio societatis*, vínculos consanguíneos, matrimoniais ou simplesmente afetivos[1]. Significa dizer que os sócios, além da declarada vontade de, em conjunto, de forma organizada e profissional, exercer atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou de serviços, também são cônjuges, companheiros, irmãos, primos, pais e filhos.

Em virtude desse aspecto, cunha-se a expressão Sociedade Familiar. Não se trata de natureza jurídica distinta das previstas na Código Civil ou tipo societário inovador. Tampouco trata-se do objeto social de uma sociedade, em regra *holding*[2]. É, portanto, uma construção doutrinária-jurisprudencial na qual o laço familiar se faz relevante, sobretudo no processo de tomada de decisões e resolução de conflitos. Há uma vontade preponderante que não é exercida exclusivamente pela maioria do capital social. Não se pode renegar uma cultural hierarquia dos laços ascendentes e descendentes, que extrapolam a vontade do capital.

Nesse sentido, a atividade empresária sofre com externalidades não advindas do seu exercício, mas sim da relação pessoal intensa entre os sócios. Uma lucrativa empresa pode ver uma sociedade sendo total ou parcialmente dissolvida por questões não societárias, e sim por razões da quebra do *affectio familiae*. O fenômeno observado nas Sociedades Familiares põe em risco a continuidade patrimonial construída ao longo do tempo.

---

[1] Adota-se, portanto, para conceituação da sociedade familiar, um conceito amplo, tal como construído por Maria Berenice Dias (DIAS, Maria Berenice. A evolução da família e seus direitos. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7__a_evolu%E7%E3o_da_fam%EDlia_e_seus_direitos.pdf. Acesso em 04.07.2020).

[2] MAMEDE, Gladston; COTTA MAMEDE, Eduarda. Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico. São Paulo. Atlas, 2013.

Paralelamente, o não planejamento sucessório, em especial quando tratar-se das Sociedades Familiares, coloca em risco a proteção dos bens pessoais destinados a formação do capital social da sociedade, fragilizando a estrutura patrimonial ao não prever ou não impedir sucessores indesejados – aqueles que insurgem de divórcio ou separação litigiosos, uniões estáveis paralelas ao matrimonio formal e os pródigos. Importa ao presente estudo, portanto, apresentar o instituto do usufruto, em especial quando aplicado as cotas de capital, como instrumento adequado de planejamento sucessório frente a outros expedientes comumente usados, tais quais a doação, testamento, seguros de vida, fundos de aplicação, dentre outros.

No contexto das Sociedades Familiares é comum ao meio jurídico a utilização do jargão *'Holding Familiar'* a fim de atribuir ou distinguir como tipo societário especial. É uma construção conceitual distorcida do seu real sentido.

O termo *holding*, etimologicamente importado do verbete norte-americano, é em tradução livre a ação de manter, controlar, guardar algo. Para fins do direito das empresas lhe é atribuído o conceito de atividade a ser exercida por previsão expressa no contrato social ou estatuto. O objeto *holding* é a participação e o controle em outras empresas, ou grupo de empresas, ou de patrimônio imobiliário, por exemplo, podendo exercer ou não funções de gestão e administração dos negócios de instituições financeiras ou não financeiras.

Faz-se um adendo. A atividade de *holding* está prevista originalmente na Lei 6.404/76 – Lei das Sociedade por Ações, contida no §3º[3] do seu artigo 2º. O legislador ordinário atribuiu às Companhias a faculdade de ter por objeto social qualquer empresa (atividade) de fim lucrativo, não contrário à Lei, à Ordem Pública e aos bons costumes,

[3] "A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais".

inclusive a participação de e em outras sociedades, ainda que não prevista expressamente no estatuto, desde que relacionado à consecução de seus objetivos sociais.

Em razão da amplitude, complexidade e multidisciplinaridade do instituto *holding*, e por se relacionar ao objeto de determinada sociedade, a natureza jurídica da empresa não ficou restrita às Sociedades Anônimas. Admite-se a possibilidade desse objeto ser desenvolvido por sociedades simples ou de natureza empresária de responsabilidade limitada, cabendo seu uso aplicável inclusive às empresas individuais. A práxis do direito empresarial inclusive admite a possibilidade de conjugar o objeto *holding* com outros distintos.

No que concerne às *holdings* familiares, por não se tratar de natureza jurídica especial, refere-se tão somente ao jargão atribuído as sociedades familiares que têm por objeto o controle sobre outras empresas. O ponto comum é que em regra, o sócio, enquanto pessoa física, que detém participações societárias e bens pessoais esparsosm decide concentrar seu patrimônio pessoal na sociedade, pessoa jurídica de direito privado, constituída em conjunto com outro familiar. Assim, o topoi doutrinário das *holdings* familiares atribuído comumente ao planejamento sucessório facilita a comunicação com o meio não jurídico e traduz com maior simplicidade a possibilidade jurídica de aglutinar bens móveis e imóveis à atividade empresária com fins de transmiti-los futuramente a herdeiros – necessários ou não.

Disciplinado ordinariamente no Código Civil, o instituto do usufruto permite que se ceda a terceiro as faculdades de fruir e usar que recaem sobre determinado bem, mantendo o titular da propriedade o direito de dele dispor. Nesse sentido, ao se transmitir o usufruto de um bem – qualquer que seja – os seus frutos passam ser fruídos pelo usufrutuário, não mais pelo proprietário. Desse modo, é possível utilizar o expediente em uma série de planejamentos empresariais e tributários, a fim de que se otimize e se organize a incidência de tributos, sobretudo no que tange às questões sucessórias.

Diferentemente de outros institutos similares que versam sobre posse e propriedade, tais como a locação, o fideicomisso e a enfiteuse, o usufruto de cotas de capital distingue-se por suas características próprias da conservação da propriedade, sua impenhorabilidade, inalienabilidade, incomunicabilidade, temporariedade e não onerosidade na sua averbação. Por isso, acaba sendo um instrumento mais seguro, tanto para permitir planejamos sucessórios em famílias tradicionais, quanto em outras entidades familiares[4] que ainda ficam à margem de uma adequada regulação pelo Direito Civil.

Sobre o instituto, ensina Pontes de Miranda:

> (...) os direitos podem ser objeto de usufruto e admitindo-se o usufruto de direitos, inclusive de direitos pessoais, o sistema jurídico deu azo a que se criassem direitos reais cujo o objeto não é propriedade. Dessa conceituação extrai-se a possibilidade do usufruto recair sob cotas de capital, de modo que o nu-proprietário mantenha sobre sua participação os direitos políticos, conexos a propriedade, e disponha a outrem os direitos patrimoniais conexos a posse do objeto, ou seja a própria cota de capital.[5]

Em tempos de crise, de qualquer ordem, fazem-se necessárias soluções efetivas para proteção patrimonial. No que tange ao usufruto de

---

[4] Sobre o tema, ensina Maria Berenice Dias: *"O modelo de família que inspirou o Código era o matrimonializado e a única preocupação dizia com seus aspectos patrimoniais. Considerada uma instituição constituía exclusivamente pelo casamento, nunca houve qualquer preocupação em definir a família. Mas as mudanças acabaram com a crença de que a família tem por fundamento: casamento, sexo e procriação. Agora há família sem casamento, pois a união estável não depende da chancela estatal. Também a prática sexual não integra mais o seu conceito, basta atentar às famílias monoparentais. Finalmente, a procriação não decorre exclusivamente da prática sexual, em face do surgimento das modernas técnicas de reprodução assistida".* (DIAS, Maria Berenice. A evolução da família e seus direitos. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?subcat=&codigo=#anc. Acesso em 04.07.2020).

[5] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo XIX: Direito das Coisas: Usufruto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 267.

cotas de capital, sua constituição é simplificada e se distingue do procedimento geral contemplado no Código Civil. Insta observar que a legislação privada estabelece a constituição do usufruto de imóveis (art. 1.391) condicionado ao registro no cartório de imóveis e, para tanto, far-se-á necessária escritura pública por força do art. 167, I, 7, Lei 6.015/73 c/c art. 108, CC. Entretanto, o Legislador Ordinário foi omisso, mesmo prevendo que o usufruto possa recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, quanto à forma de constituição do usufruto de bens não imóveis.

À primeira vista, não há sentido em servir-se da escritura pública para o ato parassocial[6] do usufruto de cotas. Para a constituição do usufruto sobre direitos, é preciso que se observem as regras jurídicas sobre os pressupostos, concernentes à transferência do direito gravado. Assim, a constituição de usufruto sobre direitos reais tem de observar as regras jurídicas que incidiriam se estivesse a transferir o direito sobre a coisa, conforme ensina Pontes de Miranda.[7]

É dizer que se o capital forma-se pela declaração contida no contrato social, e o que se pretende com o usufruto diz respeito a este mesmo capital, sua constituição se dará também por declaração no contrato social, oponível a terceiros mediante a averbação no órgão de registro mercantil. Além disso, como cabe a averbação, perante ao registro de imóveis, da constituição do usufruto sob imóveis, aquilo que versar sobre o usufruto de cotas de capital deve espelhar-se no instrumento que o constituiu. De mesma forma, as regras aplicáveis a constituição de usufruto, regerão sua extinção. Se por escritura pública, a extinção deve ocorrer também por escritura pública. Se por declaração no contrato social, extingue-se pelo registro da renúncia perante ao registro mercantil.

---

[6] CRAVEIRO, Mariana Conti. Pactos Parassociais patrimoniais: elementos para sua interpretação no direito societário brasileiro. São Paulo. Faculdade de Direito de São Paulo, 2012.

[7] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo XIX: Direito das Coisas: Usufruto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 269.

Considerando eventuais situações de riscos iminentes ou a brevidade de tempo para o devido planejamento sucessório, sobretudo nas atuais circunstâncias, que assolam a nossa sociedade, a transmissão de cotas de capital pela via do instrumento de usufruto garante ao nu proprietário o direito, desde logo, à titularidade do bem, que passa a integrar seu patrimônio. Por outro lado, aquele que transmitiu o bem continua, ao longo da vida, a perceber frutos, sem que se altere o seu padrão socioeconômico.

O Direito Tributário, de seu turno, alcança os fatos da vida civil e deve, portanto, respeitar as formas de direito privado, segundo a dicção literal do art. 110[8] do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, ao se tratar dos diferentes negócios jurídicos que o ordenamento jurídico disponibiliza aos particulares para que disponham a respeito de seus direitos disponíveis – notadamente sobre a propriedade privada – a Fazenda Pública deve respeitar o livre arbítrio das pessoas físicas e jurídicas. Afinal, sob a égide da Legalidade, corolário do Estado Constitucional de Direito, *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"* – art. 5º, II, CR/88. Desse modo, não cabe ao Fisco desconsiderar negócios jurídicos privados que não violem qualquer proibição expressa, ainda que tenham como resultado uma incidência mais favorável de tributos.

Nessa esteira, uma vez que a Ordem Jurídica franqueia aos particulares a possibilidade de se organizarem licitamente em sociedades patrimoniais, sem que haja qualquer vedação para que o façam visando aspectos tributários relativos à sucessão, não se pode desconsiderar a sua validade com base em suposta ilegalidade da mera economia de tributos.

Apesar do planejamento tributário encontrar abrigo direto e claro no Texto Constitucional, o Fisco tem insistido em negar ao

---

[8] Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

contribuinte o direito de se organizar livremente, exigindo uma finalidade/motivação não tributária como mote principal do organograma empresarial. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já têm se posicionado no sentido de reconhecer o direito dos contribuintes ao planejamento tributário dentro dos ditames legais[9]. Nesse sentido é a lição de Sacha Calmon:

> É uma economia de custos, desde que não haja divergência entre intento facti e a intentio iuris, quando ocorre o fenômeno da dissimulação (ocultamento do negócio jurídico real). Aos particulares deve-se resguardar o direito de competir. O resto é moralismo hipócrita, com laivos de idealismo insustentável diante de um Estado que desiguala as pessoas jurídicas e físicas com legislação casuística ou extrafiscal e que, ao invés de ser neutro, desorganiza a economia em prol de interesse puramente arrecadatório (...).[10]

Na mesma linha, Heleno Tôrres[11] defende a força da autonomia privada frente à introdução de normas tributárias limitadoras desse direito:

> as atitudes lícitas que possam ser adotadas pelos contribuintes, na estruturação ou reorganização de seus negócios, tendo como finalidade a economia de tributos, evitando a incidência destes, reduzindo ou diferindo o respectivo impacto fiscal, sem qualquer descumprimento frontal ou indireto das leis, são perfeitamente válidas e correspondem à noção de 'legítima economia de tributos'.

Não bastassem as normas constitucionais, legais e infralegais que respaldam a estruturação societária adotada pelos núcleos familiares

---

[9] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. In: O Planejamento tributário e a Lei Complementar 104. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética. 2001, p. 283.

[10] Os limites atuais do planejamento tributário. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001.

[11] TÔRRES, Heleno. Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pag. 174.

e o entendimento consolidado da melhor doutrina, não apenas o Judiciário, mas o próprio Conselho Administrativo de Recurso Fiscais (CARF) também tem reconhecido o direito ao planejamento tributário, em decisões em que se tem afastado ao art. 116 do CTN quando não se *"o ardil, a intenção maliciosa e preordenada que põe a conhecer uma aparência falseada e posteriormente descortinada pelo Fisco"* [12]. Nesse sentido, inquestionável, portanto, o direito dos contribuintes ao planejamento tributário, inclusive em aspectos sucessórios, desde que por meio da utilização de expedientes lícitos, que é, justamente, o caso da cessão de cotas e do usufruto.

Encontrando-se na esfera de liberdade do contribuinte, enquanto expediente de direito privado que lhe disponibiliza a Ordem Jurídica, a cessão de cotas de capital a título oneroso é uma operação não tributada. Ao contrário, a transmissão a título gratuito configura doação, razão pela qual atrai a incidência do ITCMD (Imposto sobre a Transmissão por *Causa Mortis* e Doação), nesse sentido, é importante que a operação seja estruturada com onerosidade verdadeira e compatível com o valor das cotas, respaldada em lastro patrimonial do adquirente, de modo a afastar a incidência da exação estadual.

Cedidas as cotas, tributam-se apenas seus frutos, que constituirão a renda da pessoa física ou jurídica forem suas respectivas titulares. Dessa forma, pode o titular que pretenda se planejar do ponto de vista sucessório integralizar o capital social de empresa familiar com seu patrimônio e, na sequência, cedê-las a título oneroso (ou não) aos sucessores, mantendo, para si, a reserva de usufruto – de modo que perceberá os rendimentos societários, tributados na fonte, mas

[12] Destaca-se, ainda, o seguinte excerto: "Na verdade, o que se observa é a fiscalização que se depara com uma separação empresarial que tem, por efeito, a diminuição do arrasto tributário sobre a operação comercial: é o inconformismo da autoridade fiscal com as margens de lucro entre partes interligadas que culmina com a acusação, e não a inverdade artificiosa do negócio jurídico" (CARF, Processo n. 11065.724114/201503, Acórdão nº 3401005.228 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, 27.08.2018).

garantindo que a propriedade do percentual do seu patrimônio a elas relativo já esteja alocado corretamente.

Esse tipo de expediente, além de reduzir o ônus tributário da sucessão, se estruturado corretamente, garante, ainda, o implemento, em vida, das disposições que seriam de última vontade, reduzindo os litígios *post mortem*, sobretudo nos casos em que não há regulamentação clara da sucessão – como em famílias não tradicionais ou nos casos em que há graves questões pessoais que permeiam as intensões daquele cuja sucessão se pretenda antecipar.

Atenção especial, no entanto, merece, em primeiro lugar, a integralização do capital social da *holding* familiar por meio de bens imóveis, que apenas não atrai a incidência do imposto municipal sobre transmissões onerosas de direitos reais sobre bens imóveis (ITBI) nos casos em que a pessoa jurídica não tenha como atividade principal a sua comercialização ou locação, devendo se observar o disposto no art. 156, §2º, I, CR/88 e art. 37 do CTN. Por outro lado, é importante se atentar, ainda, à necessidade de adimplemento das obrigações acessórias – deveres instrumentais, tais como como emitir documentos fiscais e prestar declarações à Fazenda Pública, cuja inobservância pode atrair a aplicação de vultosas multas e inviabilizar por completo o planejamento que se pretendeu, licitamente, engendrar.

A partir de tais considerações, conclui-se que o ano de 2020 ficará marcado pela intensa instabilidade e insegurança ante a pandemia decorrente da Covid-19, que castiga todo o mundo, não se excluindo o Brasil. Diante da necessidade de isolamento social e demais medidas necessárias à prevenção do contágio pelo vírus, todas as atividades empresariais vêm sendo penosamente afetadas pela desaceleração econômica e recessão inevitavelmente decorrentes da crise e da situação de calamidade pública. Diante desse cenário, a maioria das empresas teve acentuada queda de seu faturamento, o que, aliado às obrigações vincendas, tais como o pagamento da folha salarial e de tributos, colocam-nas em

situação limite, o que escancara a necessidade de adequado planejamento tributário, em todos os frontes, inclusive sucessório.

Nesse sentido, mostra-se relevante a possibilidade de utilizar do expediente do usufruto de cotas sociais como instrumento hábil não apenas à otimização da incidência de tributos, mas também à segurança daquele que pretende se planejar quanto à própria sucessão. Afinal, trata-se de instrumento que permite que se concretize, ainda em vida, as intenções que seriam alocadas apenas em declaração de última vontade, cumpridas, portanto, sem a sua supervisão e controle. Por isso, o instrumento é, além de importante do ponto de vista de ônus tributário – quando, frise-se: bem utilizado, seguro, sobretudo nas hipóteses em que os destinatários tem pouco ou nenhum amparo legal – tal como em famílias não tradicionais – ou, ainda, nos casos em que há alto risco de litigiosidade *post mortem.*

Do exame das normas notadamente de cunho constitucional extrai-se a conclusão lógica de que o contribuinte, no momento de planejar a execução de uma operação que tenha o potencial de se subsumir à hipótese de incidência de determinado tributo, possui o direito de optar pelo caminho menos oneroso, desde observados os limites da Legalidade. Essa é uma constatação que, embora enfrente certa reticência da Fazenda Pública, encontra amparo inequívoco na melhor doutrina e na jurisprudência, de modo que os contribuintes devem seguir exercendo seus direitos em todos os frontes, utilizando-se dos expedientes legais para que fruam seus direitos da forma mais segura e menos onerosa possível, sobretudo em temos de crise.

COMO TESTAR EM MOMENTO DE PANDEMIA E ISOLAMENTO SOCIAL?

Ana Luiza Maia Nevares*

A sucessão hereditária dá-se por lei ou por disposição de última vontade (CC, art. 1.786), sendo no primeiro caso conforme a ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829) e no segundo conforme a manifestação de vontade do testador expressa a partir das disposições testamentárias. O testamento, portanto, é negócio jurídico que regula a sucessão de uma pessoa para o momento posterior à sua morte.

A permissão para as disposições de bens *mortis causa* decorre da garantia constitucional à propriedade privada (CR, art. 5º, incisos XXII e XXIII), consagrando, no Direito Sucessório, a autonomia privada. No regime do Código Civil, as disposições de bens para depois da morte só podem ocorrer pelo testamento ou codicilo. De fato, o Código Civil, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, não permite que seja objeto de contrato herança de pessoa viva, vedando os pactos sucessórios (CC, art. 426). Além disso, as doações *mortis causa*, admitidas no direito anterior em uma única hipótese, qual seja, quando feitas nos contratos antenupciais em benefício do cônjuge e de sua prole (CC16, art. 314), não foram previstas na vigente codificação.

O Código Civil de 1916 definia o testamento como o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe no todo ou em parte, de seu patrimônio, para depois da sua morte (CC16, art. 1.626). Tal conceito era considerado muito restrito, já que se limitava ao aspecto patrimonial do ato de última vontade, quando o testamento pode conter outras disposições

* Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação lato senso de Direito das Famílias e das Sucessões da PUC-Rio. Vice Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM e Membro do IBDFAM-RJ. Membro do IBDCivil e do IAB. Advogada.

de cunho não patrimonial, como o reconhecimento de filhos, a nomeação de tutor, o destino ao corpo do falecido, ou uma disposição que simplesmente revogue o testamento anterior.

Na esteira da aludida crítica, o Código Civil não fornece conceito de testamento, estabelecendo apenas a sua função no ordenamento jurídico: ato através do qual são instituídas disposições de última vontade, quer de cunho patrimonial, quer de cunho não patrimonial. Na definição clássica de Clovis Bevilaqua, "testamento é o ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, de seu patrimônio para depois da sua morte; ou nomeia tutores para seus filhos; ou reconhece filhos naturais; ou faz outras declarações de última vontade"[1]. Realmente, o testamento serve a diversos objetivos do testador, de natureza patrimonial ou não, tendo como elemento comum de suas disposições a eficácia *post mortem*.

O Código Civil, em seu art. 1.858, estabeleceu alguns caracteres do ato testamentário. Trata-se de ato personalíssimo, pois só pode emanar da vontade individual e única do testador, que deve ser declarada por ele próprio, não sendo admitido que a última vontade seja manifestada através de representantes, convencionais ou legais. Além disso, determina, ainda, o citado art. 1.858 que o testamento pode ser mudado a qualquer tempo. Com efeito, o ato testamentário contém disposições de última vontade, só produzindo efeitos após a morte do testador, sendo certo que não importa o tempo decorrido entre o testamento e o óbito do disponente. Até tal evento, a vontade pode ser alterada e, por esta razão, o testamento é na sua essência um ato revogável[2].

---

[1] Clovis Bevilaqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. VI, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 5ª edição, 1944, p. 89.

[2] A despeito de sua revogabilidade intrínseca, algumas declarações, por seus efeitos existenciais, podem ser consideradas irrevogáveis, como ocorre com a declaração, inserida em cláusula testamentária, contendo o reconhecimento de filho. Neste caso,

Para a constituição do testamento, é preciso uma única manifestação de vontade, sendo por isso mesmo negócio jurídico unilateral. O testamento revela-se ainda negócio jurídico gratuito, configurando uma liberalidade.

Além disso, é ato formal, já que sua validade depende da forma prescrita na lei. Trata-se de forma *ad solemnitatem*, acarretando a nulidade do ato em caso de inobservância ou omissão de uma das solenidades estabelecidas na legislação civil para a cédula testamentária. Segundo tradicionalmente registrado em doutrina, as formalidades testamentárias têm tríplice função. A primeira delas seria a função preventiva, pois pretende evitar que o testador seja vítima de captações, dolo, fraude ou violências. Já a segunda seria uma função probante, uma vez que pela forma assegura-se a demonstração da última vontade do testador. A forma do testamento desempenha, ainda, uma função executiva, eis que fornece aos beneficiários do testamento um instrumento para o exercício dos respectivos direitos[3].

Por sua extraordinária importância jurídica e por não mais ser possível esclarecer a vontade do testador, qualquer omissão ou imprecisão nas formalidades previstas na lei para o ato de última vontade acarretará a nulidade do ato. Tal aspecto suscita verdadeiro conflito entre interesses juridicamente relevantes: as formalidades testamentárias são instituídas para garantir a vontade do testador, que por vezes resta prejudicada justamente por não se terem observado algumas das solenidades previstas para a validade do testamento. Por esta razão, em diversas situações, o rigor das formas testamentárias resta atenuado, quando se mostra inequívoca a higidez da manifestação de vontade do testador, privilegiando-se o princípio do *favor testamentis*. Nesta direção, o Superior Tribunal de Justiça já se

---

conforme preceitua o art. 1.610 do Código Civil, a manifestação de vontade, por atribuir o *status filiae* à pessoa, alcançando diretamente à dignidade humana, tem-se por irrevogável. Vale dizer, mesmo revogado o testamento, a declaração se mostra insuscetível de revogabilidade, preservando-se a sua eficácia jurídica.

[3] Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, t. II, n. 1.352, 2ª ed., p. 595.

manifestou no sentido de que "todas essas formalidades não podem ser consideradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada, em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos"[4].

Importante registrar que as formas testamentárias são aquelas expressamente previstas na lei e cada modelo tem um conjunto de solenidades que o integra. Não é possível combinar as formalidades de cada espécie testamentária, criando um novo tipo de testamento. Uma vez escolhida a forma testamentária, devem ser observadas as solenidades próprias para aquele tipo de testamento, sob pena de nulidade do ato.

Dividem-se as formas testamentárias em ordinárias e especiais. As primeiras são aquelas que podem ser utilizadas por qualquer pessoa capaz. São testamentos ordinários o testamento público, o cerrado e o particular.

O testamento público é aquele celebrado perante tabelião de notas e na presença de duas testemunhas (CC, arts. 1.864 e seguintes). Uma vez celebrado, através de escritura pública, a cédula constará do livro do Cartório de Notas e, uma vez aberta a sucessão, qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento (CPC, art. 736).

Já o testamento cerrado configura ato jurídico complexo, uma vez que pressupõe dois momentos: o primeiro no qual o testador elabora a cédula testamentária e o segundo que consiste na aprovação de dita cédula pelo tabelião em solenidade que deve contar com a presença de

---

[4] STJ, 4ª T, REsp. nº 302767/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 24/09/2001.

duas testemunhas (CC, arts; 1.868 e seguintes). O auto de aprovação do testamento cerrado será lançado no Livro de Notas. Assim, depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue (CC, art. 1.874). Uma vez falecido o testador, será designada uma audiência para a abertura do testamento, sendo certo que, uma vez não encontrados vícios externos, o juiz determinará o seu cumprimento (CC, art. 1.875 e CPC, art. 735).

Por fim, o testamento particular é aquele escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico pelo próprio testador, na presença de pelo menos 03 (três testemunhas), que assinarão o ato em conjunto com o testador (CC, arts. 1.876 e seguintes). Aberta a sucessão, as testemunhas deverão confirmar em juízo a lavratura do ato, sendo certo que, se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas reconhecer o testamento, este poderá ser confirmado se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade (CC, art. 1.880, arts. 1.877 e 1.878).

Pode-se afirmar que no Brasil, comumente celebram-se testamentos públicos. Já os cerrados são os mais raros.

Os testamentos especiais são aqueles utilizados por pessoas capazes que estejam em determinadas situações excepcionais, estando impossibilitadas de testar por uma das formas ordinárias, compreendendo o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar. Não se admitem outros testamentos especiais senão aqueles previstos na lei (CC, art. 1.887). De fato, em virtude das circunstâncias extraordinárias em que são elaborados, os testamentos especiais são caracterizados pela simplificação de suas formalidades, bem como pela sua caducidade após 90 (noventa) dias da cessação das circunstâncias excepcionais que o ensejaram (CC, arts. 1.891 e 1.895).

Vale ponderar que não há hierarquia entre as formas testamentárias. Qualquer testamento tem o mesmo valor, podendo o testamento particular revogar o público, ou o marítimo revogar o cerrado[5].

No entanto, indaga-se: como testar em momento em que é recomendado o isolamento social? Em virtude da pandemia do coronavírus, estamos vivenciando um momento de restrições para sair de casa e interagir socialmente com outras pessoas. Nossos anseios e angústias, porém, não estão em isolamento social e continuam a permear nossos pensamentos.

O desejo de planejar a sucessão hereditária está presente no íntimo de muitas pessoas. De fato, a maior longevidade da população brasileira e o fenômeno sempre crescente das famílias recompostas são fatores que muito contribuem para a necessidade de um planejamento sucessório. A partir do planejamento da sucessão hereditária, objetiva-se evitar conflitos, assegurar que aspirações fundamentais da vida da pessoa sejam executadas após o seu falecimento, garantir a continuidade de empresas e negócios, permitir uma melhor distribuição da herança entre os sucessores, bem como buscar formas de gestão e de transmissão do patrimônio que tenham a menor carga tributária possível.

Ocorre que todas as modalidades de testamentos ordinários pressupõem a presença do testador em conjunto com outras pessoas. Como afirmado acima, no caso do testamento público, este é lavrado perante o tabelião, na presença de duas testemunhas. Já o testamento cerrado pressupõe que o testador elabore a cédula num primeiro momento, levando-a para aprovação posteriormente também perante o tabelião, na presença de duas testemunhas. Por fim, o testamento particular deve ser lavrado na presença de pelo menos três testemunhas. Além disso, não se está diante das circunstâncias excepcionais que autorizam a lavratura de testamentos especiais.

---

[5] Clovis Bevilaqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. VI, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 5ª edição, 1944, p. 228.

Nessa direção, nenhuma das modalidades de testamentos ordinários previstas no Código Civil são adequadas em momento em que as autoridades públicas recomendam o isolamento social em virtude de uma pandemia viral, não sendo o caso dos testamentos especiais.

Em boa hora, portanto, o Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre a prática de atos notariais eletrônicos, utilizando o sistema do e-Notariado. Trata-se do Provimento nº 100, de 26 de maio de 2020, que estabelece normas gerais sobre a prática de atos notariais eletrônicos em todos os tabelionatos de notas do País. Em suas considerações, dito provimento estabelece que os atos notariais previstos no Código Civil e na Lei 8.935/94, art. 41, poderão ser prestados por meio eletrônico. Nessa direção, entende-se que, uma vez tendo o testador e as testemunhas certificado digital, poderá o Tabelionato lavrar testamento público na forma eletrônica, valendo-se do sistema e-Notariado. Neste caso, haverá a captura em vídeo do ato de testar e a coleta das assinaturas do Testador, das testemunhas e do Tabelião por meio do certificado digital. No momento em que este artigo é escrito, apesar do referido provimento do CNJ, nem todos os Tabelionatos estão aceitando lavrar os testamentos públicos na forma eletrônica. Isso porque o testamento é negócio essencialmente formal, em que se deve assegurar a higidez e a espontaneidade do testador, existindo, ainda, alguma dúvida sobre a segurança testamentária diante do meio eletrônico. Além disso, vale apontar que, neste momento, o certificado digital ainda não é uma realidade para a maioria da população brasileira.

Diante disso, não se pode olvidar do disposto no art. 1.879 do Código Civil. Dito dispositivo prevê que, a critério do juiz, podem ser admitidos testamentos escritos sem a presença de testemunhas, se o testador se encontrar em circunstâncias excepcionais que sejam *expressamente declaradas na cédula*. Este artigo está previsto no capítulo referente aos testamentos particulares, sendo, portanto, um testamento ordinário, que por se referir a *circunstâncias excepcionais* de forma ampla, pode ser utilizado em diversas situações. Aliás, *de lege*

ferenda, todos os testamentos especiais deveriam se resumir ao previsto no citado artigo 1.879, uma vez que não se conhecem no Direito Brasileiro hipóteses de testamentos marítimos, aeronáuticos ou militares.

É verdade que a confirmação do referido testamento dependerá de crivo judicial, ficando a critério do juiz avaliar a possibilidade de sua eficácia. No entanto, a situação atual vivenciada de pandemia viral se encaixa perfeitamente na hipótese do citado art. 1.879 do Código Civil, razão pela qual deverá o Judiciário ter sensibilidade em analisar as situações que se descortinam nesse momento.

Vale registrar que apesar de o art. 1.879 do Código Civil nada dispor sobre a caducidade do testamento em virtude da cessação das circunstâncias excepcionais que o ensejaram, boa doutrina considera que se aplica ao caso o aludido prazo de 90 (noventa) dias previsto nos artigos 1.891 e 1.895 do Código Civil, relativos, respectivamente, aos testamentos marítimos e aeronáuticos e militares. Nesse sentido, foi aprovado o nº 611 nas VII Jornadas de Direito Civil, ocorridas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, assim ementado: "O testamento hológrafo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá sua eficácia se, nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram a sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias".

A prevalecer o referido entendimento, se o testador não falecer no curso do isolamento social e nem nos 90 (noventa) dias subsequentes, o referido testamento particular excepcional caducará. Por conseguinte, dito ato deverá ser reproduzido por uma das formas ordinárias tão logo as autoridades públicas admitam o fim do isolamento social, sem prejuízo de se defender o oposto, já que o art. 1.879 está inserido dentre os testamentos ordinários.

Não há dúvida de que a vivência de uma pandemia viral, que atingiu todo o mundo, ensejará mudanças no modo de viver da sociedade.

Especificamente quanto ao testamento no Brasil, como acima explicitado, muito antes da COVID-19, já vinha ocorrendo na

jurisprudência uma flexibilização do rigor das formalidades testamentárias, na esteira de um movimento de simplificação da forma do ato de última vontade, operado pelas disposições do Código Civil, que em comparação com o Diploma de 1916, diminuiu as solenidades de cada tipo testamentário, prevendo, ainda, o citado artigo 1.879, que instituiu um testamento sem testemunhas em circunstâncias excepcionais. Dito dispositivo, portanto, deve ser festejado nesse momento.

No entanto, deve o legislador brasileiro ser mais "ousado" quanto à forma de testar? A atenção deveria estar voltada para a possibilidade de um testamento digital? E aqui não se está a falar da *herança digital*, que consiste no acervo digital deixado por uma pessoa após a sua morte, mas sim no fato de as disposições *mortis causa* estarem contidas em substrato digital.

O que seria, portanto, um testamento digital? Esta designação pode identificar desde um simples testamento digitado pelo testador em seu computador e armazenado em seu disco rígido até em um testamento assinado pelo testador por um certificado digital, testemunhado e autenticado através de uma *webcam* e armazenado por uma empresa com fins lucrativos, criada para este propósito[6]. Pode-se dizer que o já citado Provimento nº 100 de 26 de maio de 2020 do CNJ instituiu o testamento público digital. Mas e quanto à forma particular de testamento?

Nessa direção, poder-se-ia pensar num testamento escrito no bloco de notas do celular, enviado via mensagem eletrônica ou encaminhado pelas redes sociais para grupo de amigos ou familiares. Sem dúvida, nossa vida tem sido cada vez mais digital. Muitas informações são armazenadas no celular e nos computadores e cada vez menos guarda-se papel.

---

[6] DEVELOPMENTS in the Law – More Data, More Problems. 131 Harvard Law Review 1715, 1790. Publicado em 10.4.2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/2018/04/what-is-an-electronic-will/. Acessado em 03.05.2020.

O desafio do testamento do futuro é não descuidar das funções da forma testamentária. Apesar de ser pertinente e necessário refletir sobre formalidades testamentárias que se adequem à rotina digital da sociedade, especialmente invocadas em momento em que se está interagindo essencialmente *online*, em virtude da recomendação de isolamento social, a segurança do testamento deve ser o norte.

A forma dos negócios jurídicos não pode ser um fim em si mesma, mas atender a relevantes interesses que sejam merecedores de tutela. Em virtude da natureza *post mortem* do testamento, bem como pelo fato de este, majoritariamente, dispor de bens de forma gratuita, não se pode deixar o testamento *livre* de formalidades. Este deve revestir substrato que atenda à tríplice função acima mencionada, de prevenir que o testador seja vítima de captações e violências, de assegurar a prova da manifestação da vontade e, ainda, de fornecer aos beneficiários instrumento para a execução de seus direitos. É sempre nessa direção que se deve analisar a questão da forma do testamento.

Uma série de encontros, a partir de 2016, entre membros da diretoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM culminou em um anteprojeto de reforma do Direito das Sucessões, resultando no Projeto de Lei nº 3799/2019, de autoria da senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), formulado em parceria com o IBDFAM. A partir deste Projeto, propõe-se uma adequação dos testamentos aos meios digitais. Nessa direção, no artigo 1.862 do Código Civil, que enumera os testamentos ordinários, propôs-se a inclusão de um parágrafo único, admitindo que que os testamentos ordinários sejam escritos ou gravados, desde que gravadas imagens e voz do testador e das testemunhas, por sistema digital de som e imagem e, então, em cada modelo testamentário,

suas solenidades foram adequadas para também contemplar a possibilidade do testamento digital[7].

Talvez dito projeto jamais se torne lei, mas já plantou a semente de uma adequação das formalidades testamentárias aos tempos atuais. Como já registrado, não se pode descuidar da segurança do testamento e todas as formalidades devem ao fim e ao cabo desaguar nas funções preventiva, probante e executiva do negócio testamentário.

---

[7] Integra do Projeto em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1562112856248&disposition=inline.

O PRESENTE E O FUTURO DAS FORMALIDADES DO TESTAMENTO: impactos de um momento pandêmico

Maria Goreth Macedo Valadares*
Thais Câmara Maia Fernandes Coelho*

Acredita-se que na história recente do mundo, não houve um acontecimento que colocasse toda a humanidade em uma só situação: a de isolamento social. A pandemia causada pelo COVID-19 fez com que os quatro cantos do mundo mudassem radicalmente seus hábitos e pensassem em soluções e mecanismos de minorar os danos que inevitavelmente passaram a ocorrer.

Fato é que apesar de uma situação de excepcionalidade e de reclusão imposta e necessária por uma questão de sobrevivência, tivemos que nos adaptar com um mundo e grande parte de seus serviços fechados da noite para o dia, mantendo-se, num primeiro momento, apenas serviços tidos como essenciais.

E, talvez, pelo fato de a morte ter virado manchete mundial e de inexistir até o momento um mecanismo seguro apto a impedir o contágio do vírus responsável por essa pandemia, ver a morte de forma tão iminente fez com que a busca e o estudo pelos testamentos aumentasse de forma substancial.

Lado outro, as formalidades legais do testamento se colocaram em xeque com o cenário de isolamento. Será possível a feitura de um testamento sem todas as formalidades exigidas pela lei? Em outras palavras, poderia se flexibilizar tais requisitos em prol da autonomia

---

* Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professora da PUC Minas e do IBMEC. Vice Presidente da Comissão de Sucessões da OAB/MG e Vice Presidente do IBDFAM/MG.
* Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professora do UNI/BH e do Promove. Presidente da Comissão de Sucessões da OAB/MG. Membro da Comissão Especial de Família e Sucessões da OAB Nacional.

privada do testador, garantindo que sua última manifestação de vontade seja devidamente reconhecida pós morte? Haverá mudanças advindas do cenário pandêmico que devam permanecer, de modo a facilitar a vida dos envolvidos, considerando inclusive o estágio tecnológico que nos encontramos?

Ao longo do trabalho, percebeu-se que as formalidades do testamento já vinham sendo flexibilizadas pela jurisprudência, bem como regulamentações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) buscam se adequar ao cenário atual, através de meios tecnológicos.

Assim, a questão colocada em pauta é a de como ficam os requisitos do testamento nesse momento de pandemia e na tão esperada pós-pandemia. É esse o ponto central de discussão no presente trabalho.

O testamento é, ao lado do casamento, um dos atos mais formais existentes dentro do ordenamento jurídico privado. Para Conrado Rosa e Marco Antônio Rodrigues é "um negócio jurídico formal, por conta das exigências e formalidades estabelecidas em lei e que exigem atendimento, sob pena de nulidade. Ao lado do casamento é um dos negócios mais solenes do sistema jurídico brasileiro" (RODRIGUES, 2019).

De outro lado, é o instrumento que oferece maior possibilidade de exercício da autonomia privada, já que permite ao testador planejar e expressar sua última manifestação de vontade, em regra, de forma ampla, só sofrendo limitação se houver herdeiros necessários[1].

O leque de possibilidades conferido ao testador é infinito, já que o instrumento permite a redação de cláusulas patrimoniais e não patrimoniais, como a partilha de um determinado bem entre pessoas escolhidas pelo autor da herança, assim como o reconhecimento de um filho ou a nomeação de um tutor.

E para garantir o cumprimento da manifestação de vontade do testador, a lei exige uma gama de requisitos para a eficácia do ato, sob

[1] Art. 1.789 do CC: Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

pena de nulidade. O testamento pode ser feito de forma ordinária[2] ou extraordinária. No presente trabalho, a discussão se dará apenas nos testamentos feitos pela via ordinária, quais sejam: público, cerrado e particular. Os dois primeiros são concluídos no cartório de notas, perante o tabelião com fé pública, ao passo que o particular é feito pelo próprio testador, onde quer que ele esteja, exigindo, em contrapartida, uma testemunha a mais em relação aos demais, somando três.

Quando do óbito do testador, para que o testamento produza efeitos, necessários são seu registro e aprovação pelo juízo das varas de sucessões. Com a sentença de registro e aprovação do testamento, a

---

[2] Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:
I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;
II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;
III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.
Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.
Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:
I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;
II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;
III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;
IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.
Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.
Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.
§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.
§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

partilha deverá ser feita, respeitando as disposições testamentárias estabelecidas pelo testador, desde que observadas, por óbvio, a legislação em vigor. E aí entra um ponto interessante: se o testamento é um ato formal, cujos requisitos não perpassam pela vontade do titular, já que estão determinados em lei, seria possível a confirmação do ato, ainda que ausente um desses requisitos? Ou em tempos de pandemia e pós pandemia, seria possível o reconhecimento do ato, através de mecanismos não previstos em lei, mas que não deixassem dúvidas sobre a intenção do testador?

Fato é que a pandemia mundial ocasionada pelo COVID 19 intensificou discussões que já vinham ganhando espaço no cenário jurídico sobre a flexibilização dos requisitos da cédula testamentária, bem como a possibilidade do uso de mecanismos mais modernos para sua realização, como, por exemplo, a gravação através de vídeo.

E essa flexibilização deve se pautar não só no momento pandêmico vivido, mas em especial na autonomia privada do testador, já que o que se procura garantir em tais situações é a declaração de vontade do autor da herança, ainda que não tenha ele observado todas as exigências legais. O que se espera é que os debates acerca dos requisitos testamentários, bem como de novas e mais modernas formas de se testar venham para ficar, afinal, o uso da tecnologia, desde que feito com responsabilidade, deve ser usado em prol de todos.

Recentemente, o STJ se pronunciou sobre a ausência de um requisito do testamento, reconhecendo a mudança da sociedade e a forma como as pessoas se apresentam, bem como se comunicam. No referido julgado, o STJ, por decisão unânime, entendeu que a falta de assinatura da testadora, poderia ser suprida, se comprovada por outros meios que aquele documento representava sua vontade. A Min. Nancy Adrighi salientou:

> Em uma sociedade que é comprovadamente menos formalista, na qual as pessoas não mais se individualizam por sua assinatura de próprio punho, mas, sim, pelos seus tokens, chaves, logins e senhas, ID's, certificações digitais,

> reconhecimentos faciais, digitais e oculares e, até mesmo, pelos seus hábitos profissionais, de consumo e de vida captados a partir da reiterada e diária coleta de seus dados pessoais, e na qual se admite a celebração de negócios jurídicos complexos e vultosos até mesmo por redes sociais ou por meros cliques, **o papel e a caneta esferográfica perdem diariamente o seu valor e a sua relevância, devendo ser examinados em conjunto com os demais elementos que permitam aferir ser aquela a real vontade do contratante**.
> A regra segundo a qual a assinatura de próprio punho é requisito de validade do testamento particular, pois, traz consigo a presunção de que aquela é a real vontade do testador, tratando-se, todavia, de uma presunção juris tantum, **admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a prova de que, se porventura ausente a assinatura nos moldes exigidos pela lei, ainda assim era aquela a real vontade do testador**. (Resp 1633254 MG, 11 de março de 2020) (grifos nossos).

Perceba-se uma tendência à valorização da autonomia privada em detrimento da forma, bem como a observação da relatora de que as formalidades hoje são outras, se atentando às expectativas de um mundo cada vez mais tecnológico. Como muito bem salientado por Daniele Chaves e Daniela de Carvalho:

> O presente já é digital e a pandemia da Covid-19 apenas mostrou ao mundo como a tecnologia promove o bem-estar e equilibra a comunicação. Como não imaginar, todos os meios digitais em prol da obtenção da vontade do testador, revestindo o ato de testar da segurança, quanto à capacidade do testador em fazer uso da declaração de última vontade e também quanto à certeza de que sua vontade está inexoravelmente ligada ao conteúdo que restou determinado na cédula testamentária. (MUCILO; TEIXEIRA, 2020, p. 346).

O que se percebe, seja pela doutrina seja pela decisão outrora comentada é uma tendência à aceitação de novas formas de testar, de

modo a valorizar a um só tempo a autonomia privada do testador bem como o uso da tecnologia.

Diante da necessidade de isolamento social e do medo da morte em razão do COVID 19, o testamento ganhou pauta de destaque nas discussões acadêmicas e jurídicas. Alguns estados noticiaram o aumento do número de testamentos[3] e uma inquietação já existente se reacendeu: por que não usar de novos meios tecnológicos para a concretização da última manifestação de vontade?

Pois bem! O artigo 1.879[4] do CC permite a realização do testamento, sem testemunhas, desde que o testador esteja passando por uma circunstância excepcional, devidamente declarada na cédula, que deve ser assinada por ele.

Assim, parte da doutrina expôs o entendimento de que o isolamento social seria uma situação excepcional apta a permitir o testamento sem testemunhas. No entanto, o entendimento também predominante era de que passada a fase de pandemia, esse testamento teria que ser ratificado, através de um testamento ordinário, tal como ocorre quando se faz um testamento especial[5].

Recentemente, o CNJ editou a portaria 100/2020 permitindo que uma série de atos notariais sejam feitos de forma eletrônica. E para tanto, determina que o ato notarial eletrônico precisará:

> Art. 3º. São requisitos da prática do ato notarial eletrônico:

---

[3] FONTES, Juliana. Cartórios do PR registram aumento de 70% em testamentos por causa do coronavírus. *Gazeta do Povo.* 2020. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/parana/cartorios-aumento-testamentos-coronavirus/. Acesso em 30 jun. 2020.

[4] Art. 1.879 do CC: Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

[5] Art. 1.891 do CC: Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

> I - videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico;
> II - concordância expressada pela partes com os termos do ato notarial eletrônico;
> III - assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado;
> IV - assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil;
> IV - uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital;

Assim, ao que tudo indica a presença física do testador já parece não ser mais um empecilho para a realização do ato, nos moldes do que disciplina o referido provimento no CNJ. E nesse sentido, defendendo esse movimento da virtualização dos testamentos, Gustavo Kloh Muller argumenta:

> Assim caminha o direito das sucessões para um rumo mais eficaz e contemporâneo. Em uma realidade permeada de trânsito de vídeos em *devices* cada vez mais sofisticados, vestíveis e presentes (em um contexto de Internet das coisas), é natural que tudo rume para o vídeo. Os negócios jurídicos seguirão essa tendência – contrato em vídeo, testamento em vídeo. O Direito deve evitar, desde sempre, a revolta contra os fatos, e seguir o rumo da sociedade na era da informação, admitindo, com vistas à popularização, o testamento em vídeo. (NEVES, 2020. p. 64).

Também importante salientar a existência do Projeto de Lei 379919 de autoria da Sen. Soraya Thronicke, idealizado pelo IBDFAM, que prevê a possiblidade da realização do testamento através de vídeo, independentemente da pandemia vivida na atualidade.

Segue a proposta do PL:

> Art. 1.862.
> Parágrafo único. Os testamentos ordinários podem ser escritos ou gravados, desde que gravadas imagens e voz do testador e das testemunhas, por sistema digital de som e imagem.
> Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, ou pode ser gravado em sistema digital de som e imagem.
> § 3º Se realizado por sistema digital de som e imagem, deve haver nitidez e clareza na gravação das imagens e sons, bem como declarar a data da gravação, sendo esses os requisitos essenciais à sua validade, além da presença de três testemunhas identificadas nas imagens.
> § 4º O testamento deverá ser gravado em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da celebração do ato, contendo a declaração do testador de que no vídeo consta o seu testamento, bem como sua qualificação completa e a das testemunhas".

Assim, ao que tudo indica, o uso da tecnologia de forma tão presente no cotidiano em razão da pandemia veio para ficar. Constatou-se que muito pode ser feito através de meios tecnológicos e, por que não, o testamento. O CNJ já sinalizou a possibilidade da feitura do testamento através de meios digitais e o projeto de lei apresentado acima também caminha nesse sentido.

Dúvida não há de que o testamento continuará sendo um ato formal, até mesmo em razão de sua importância no contexto jurídico e das consequências que acarreta, mas suas formalidades podem e devem acompanhar a evolução da sociedade e da tecnologia. As formalidades se fazem necessárias para garantir o fiel cumprimento à vontade do testador. Essa também é a conclusão da Ana Luiza Maia Nevares:

> O desafio do testamento do futuro é não descuidar das funções da forma testamentária. Apesar de ser pertinente e necessário refletir sobre formalidades testamentárias que se adequem à rotina digital da sociedade, especialmente invocadas em momento em que se está interagindo essencialmente online, em virtude da recomendação de isolamento social, a segurança do testamento deve ser o norte. (NEVARES, 2020, p. 356).

No caso de um testamento, por exemplo, realizado através de vídeo a segurança é reforçada, pois o vídeo além de ser gravado, ficará arquivado para futuras averiguações quando necessário. E, mais uma vez, insista-se: o uso da tecnologia para o testamento não visa tornar o ato informal, mas apenas e tão somente diversificar os requisitos necessários para garantir, quiçá com maior segurança, a manifestação de vontade do testador.

Assim, a partir de todo o exposto, pode-se concluir que o testamento é um dos atos mais formais existentes no ordenamento jurídico brasileiro e deverá continuar sendo, a fim de garantir e dar segurança à autonomia privada do autor da herança. O momento de pandemia vivido em todo o mundo nos faz refletir sobre as formalidades do testamento e a necessidade de adequá-las aos meios tecnológicos existentes e que podem em muito contribuir para facilitar, com segurança, a feitura dos testamentos.

A jurisprudência já vinha apresentando uma flexibilização no que diz respeito aos requisitos do testamento, de modo que a autonomia privada do testador e sua vontade são o norte buscado pelas decisões, ainda que ausentes uma das formalidades legais. A pandemia causada pelo COVID 19 e o uso exacerbado da tecnologia nesse período reacendeu a discussão sobre a possibilidade da feitura do testamento através de novos meios, além dos já previstos, em especial por meio de gravação de vídeo.

Por fim, a defesa que se faz é a de que um testamento não deve deixar de ser um ato formal, mas as formalidades devem acompanhar a evolução tecnológica, que em muito pode contribuir para a realização do ato, sem perder, contudo, a segurança necessária para a efetivação da última manifestação de vontade do testador.

REFERÊNCIAS

FONTES, Juliana. Cartórios do PR registram aumento de 70% em testamentos por causa do coronavírus. **Gazeta do Povo**. 2020. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/parana/cartorios-aumento-testamentos-coronavirus/. Acesso em 30 jun. 2020.

MUCILO, Daniela de Carvalho e TEIXEIRA, Daniele Chaves. **COVID-19 e planejamento sucessório: não há mais momento para postergar.** *In*: Coranavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões. Coord: Ana Luiza Maia Nevares, Luciana Pedroso Xavier, Silvia Felipe Marzagão. Indaiatuba/SP, Ed. Foco, 2020, p. 346.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Como testar em momento de pandemia e isolamento social?** *In*: Coranavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões. Coord: Ana Luiza Maia Nevares, Luciana Pedroso Xavier, Silvia Felipe Marzagão. Indaiatuba/SP, Ed. Foco, 2020, p. 356.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Testamento em vídeo, corporificação de testamento em vídeo e disposição testamentária incidente em vídeo: Leituras sob as óticas da instrumentalidade das formas e da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro.** *In*: Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. V.38 (mar./abr.). Belo Horizonte: IBDFAM:2020. p.64.

RODRIGUES, Marco Antônio; ROSA, Conrado Paulino da. **Inventário e Partilha**, Salvador: JusPodvim, 2019, p. 196.

DO TESTAMENTO COMO FERRAMENTA DISPONIBILIZADA PELO DIREITO PARA MANIFESTAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Rafael Vieira de Azevedo[*]

Pessoas com deficiência são mais vulneráveis que as demais pessoas ao impacto causado pela pandemia da COVID-19. Essa vulnerabilidade não necessariamente tem relação com o impedimento de longo prazo que a pessoa tem, podendo ter origem em barreiras outras as exemplo das de ordem ambiental e atitudinal. Em relação as pessoas com deficiência intelectual, algumas possuem maior vulnerabilidade em sua saúde para doenças como a COVID-19, a exemplo das pessoas com Síndrome de Down, que podem ter uma incidência maior de disfunções da imunidade, cardiopatias congênitas e doenças respiratórias, sendo consideradas grupo de risco[1]. Por isso, é imprescindível que tenham a sua disposição ferramentas jurídicas para realizar seu planejamento sucessório em igualdade de condições com as demais pessoas.

Deficiência intelectual é caracterizada por limitações significativas no intelecto e na capacidade de adaptação da pessoa abrangendo habilidades sociais e práticas cotidianas, que se manifesta antes dos 18 (dezoito) anos de idade[2]. É considerada uma pessoa com deficiência intelectual aquela que possui QI abaixo de 70. De acordo com

---

[*] Doutor e mestre em direito privado pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

[1] SECRETARIA DE SAÚDE DO GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **NOTA TÉCNICA COVID-19 N° 14/2020 SESA/SSAS/GROSS/NEAE-RCPD**. Vitória/ES, 2020, p. 5.

[2]AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES (AAIDD). **Definition of intellectual disability**. Washington, DC. Disponível em: <http://www.aaidd.org/intellectual-disability/definition>. Acesso em 30 de junho de 2020.

a Organização Mundial da Saúde, a deficiência intelectual pode ser classificada em:

- Leve (QI de 50-70): se comunica de forma efetiva e tem capacidade de viver de forma relativamente independente, necessitando de apoio mínimo.

- Moderada (QI de 35-49): indivíduos que, com apoio adequado desde o início de sua vida, terão relacionamentos significativos, poderão se comunicar, lidar com dinheiro, viajar em transporte público, fazer escolhas por si mesmos e entender os horários diários.

- Grave (QI igual ou menor que 34): indivíduos que são quase totalmente dependentes das pessoas ao seu redor e precisarão de ajuda ao longo da vida com tarefas de cuidados pessoais, comunicação, acesso a edifícios e instalações e participação em serviços e atividades da comunidade[3,4].

No direito brasileiro, a legitimidade para testar nem sempre está relacionada com a capacidade civil, visto que o art. 1.860 do CC/02 dispõe que podem fazê-lo de forma plena os maiores de 16 (dezesseis) anos. Entretanto, a regra geral é que os incapazes não possuem legitimidade de testar, nos termos do *caput* do referido dispositivo, além daqueles que, mesmo capazes, não possuam discernimento necessário para tal.

Com a entrada em vigor da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, posteriormente regulamentada parcialmente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, na qual foi concedida capacidade plena a todas as pessoas com deficiência, várias dúvidas surgiram na comunidade jurídica, podendo-se destacar algumas delas: a

---

[3] TAGGART, L.; COUSINS, W. **Health Promotion for People with Intellectual and Developmental Disabilities**. Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2014. ISBN 9780335246946. Disponível em: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000tww&AN=524809&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 30 jun. 2020, p. 8.

[4] Há ainda, na literatura médica, autores que propõe uma quarta categoria de deficiência intelectual, denominando-a de profunda, relativa as pessoas com QI igual ou inferior a 20. Para os fins deste trabalho, optou-se pela classificação adotada no trabalho citado.

pessoa com deficiência sujeita a curatela, nos termos do art. 84, § 1º do EPD, é considerada incapaz, podendo ser enquadrada na nova redação do inciso III do art. 4º do CC/02? A concessão de capacidade civil plena (capacidade legal nos termos da CDPD) a todas as pessoas com deficiência que inclui a capacidade de casar, constituir união estável, exercer a guarda, tutela, curatela, e adoção possui algum limite ou é extensível e garantida de forma plena até nos casos mais graves de deficiência intelectual? Teria a pessoa com deficiência intelectual legitimidade para testar? Poderia o curador representar a pessoa na elaboração de seu testamento e dispor sobre seus bens após a morte, já que a curatela, nos termos do art. 85 do EPD, confere poderes de representação ao curador na esfera patrimonial do curatelado? A resposta a todas essas perguntas escapa aos objetivos e limites deste trabalho, que se limitará a responder as duas últimas perguntas, tendo, entretanto, sido abordados em outros trabalhos deste autor[5].

A legitimidade para testar possui pressupostos próprios, que a diferem da capacidade civil para praticar atos jurídicos em sentido amplo. Veja-se que na redação do *caput* do art. 1.860 do CC/02 a norma, cuja redação não foi alterada pelo EPD, se refere aos incapazes e aqueles que não tiverem o pleno discernimento no ato de fazê-lo. A doutrina pátria, mesmo antes do EPD, não via impedimento para testar em relação aos ébrios habituais, aos viciados em tóxicos e aos que tiverem o discernimento reduzido, desde que tenham entendimento e compreensão suficientes para saber o que estão fazendo, no momento da outorga das disposições testamentárias[6]. A falta de discernimento pode ser transitória, em virtude de circunstâncias que não levam necessariamente à curatela, pois, a aferição da

---

[5] AZEVEDO, Rafael Vieira de. **A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro**: reflexões acerca da Convenção de Nova York, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
[6] VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil:** parte especial: direito das sucessões. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). v. 21, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30.

capacidade ou da legitimidade do testador dá-se no momento da realização do testamento[7].

Contudo, ao invés de focar no discernimento, o modelo social adotado na Convenção de Nova York traz a chamada *"capabilities approach*", sob a qual se propõe denominar em português de "abordagem com foco em competências[8]". Esse modelo teórico desenvolvido no contexto dos direitos humanos e das teorias de justiça por Amartya Sen[9] e Martha Nussbaum[10], advoga que as prioridades de uma sociedade justa devem ser as capacidades que os indivíduos tem de contribuir com várias funções importantes, em outras palavras, a sociedade deve à todas as pessoas um rol de competências de ser e agir[11]. Essas são competências funcionais, no sentido de fazer algo ou fazer que algo aconteça que seja importante para os indivíduos e para a comunidade[12].

Segundo esse modelo teórico, a função é uma conquista, enquanto que a competência é a habilidade de conquistar. Funções, em um sentido, estão mais relacionadas com padrões de vida, pois consistem em distintas condições de vida. Competências, ao contrário, são noções

---

[7] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Sucessões. 4ed. v. 6, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 212.
[8] Se optou pela tradução para a palavra "competências", ao invés de "capacidades", para fins de evitar confusão com o conceito jurídico de capacidade jurídica já consolidado na realidade jurídica brasileira.
[9] SEN, Amartya. Equality of what?. *In*: MCMURRIN, S., ed. **The Tanner Lectures on Human Values**, Salt Lake City: University of Utah Press, 1980.
[10] NUSSBAUM, Martha C., Capabilities and Human Rights, 66 Fordham L. Rev. 273, 1997. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2>, Acesso em: 23 de julho de 2019.
[11] KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". **Essays in Philosophy**: Vol. 9: Iss. 1, Article 11, 2008, p. 3.
[12] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity"**. "Paper" preparado para a comissão de direito de Ontário, outubro de 2010. Disponível em: <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>. Acesso em: 29 de junho 2020, p. 21.

de liberdade, no sentido positivo: que oportunidades reais você tem em relação à vida que você pode levar[13].

Em estudo comparativo com a teoria de Rawls sobre justiça, Serene Khader[14] destaca que:

> As abordagens com foco em competências difere da abordagem de bens primários de Rawls, enfatizando que a distribuição de bens sociais é sempre um meio de promover capacidades. Bens como "direitos e liberdades, poderes e oportunidades, renda e riqueza e as bases do auto-respeito"[15] são significativos na medida em que proporcionam às pessoas oportunidades substanciais para florescer. A capacidade de participação política, por exemplo, difere do direito de voto. O direito ao voto implica simplesmente a liberdade de não ser coagido, que impediria a pessoa de votar. A capacidade de participação política significa, na verdade, poder votar, com acesso a transporte, informações adequadas, etc. As abordagens de capacidades sustentam que a primeira é apenas realmente significativa em termos da segunda.
>
> (...) Nesse sentido, a abordagem com foco em competências parte de uma concepção frouxamente kantiana de considerar cada pessoa como um fim e como possuidora de uma dignidade irredutível que exige respeito. Não valorizam os bens sociais por si mesmos, mas pelo que eles fazem pelas pessoas. Isto implica a noção de a que todas as pessoas são devidas igualmente às bases sociais de certas habilidades de ser e fazer[16].

---

[13] SEN, Amartya. The Standard of Living. *In*: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). **The Standard of Living**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 48.

[14] KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". *cit.* p. 4.

[15] RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge: Harvard University Press. 1971, p. 62, *apud* KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". *cit.* p. 4.

[16] Tradução livre, no original: "Capabilities approaches differ from Rawls' primary goods approach by emphasizing that the distribution of social goods is always a means to promoting capabilities. Goods like "rights and liberties, powers and opportunities, income and wealth, and the bases of self-respect" (Rawls 1972,62) are meaningful in so far as they provide persons with substantive opportunities to flourish. The capability of political participation, for example, differs from the right to vote. The right to vote simply implies freedom from coercion that would prevent one from voting. The capability of political participation means actually being able to vote, with access to

Competência no sentido desenvolvido por Amartya Sen, possui um aspecto substancial (direito subjetivo) e outro processual (meios que viabilizem seu gozo e exercício), além de estar diretamente relacionada com a noção de oportunidade, em dois sentidos, (i) se uma pessoa é realmente capaz, de fato, de fazer coisas que ela valoriza, e (ii) se ela possui os meios, instrumentos ou permissões para perseguir o que ela gostaria de fazer (sua capacidade real de realizar essa busca pode depender de muitas circunstâncias contingentes)[17].

A perspectiva da competência nos permite levar em conta a variabilidade paramétrica na relação entre os meios, por um lado, e as oportunidades reais, por outro. Diferenças na competência de exercer funções podem surgir mesmo com o mesmo conjunto de meios (ex. bens primários) por uma variedade de razões, tais como: (1) heterogeneidades físicas ou mentais entre pessoas (relacionadas, por exemplo, com deficiência, ou propensão à doença); (2) variações nos recursos não pessoais (tais como a natureza dos cuidados de saúde pública, ou a coesão social e a utilidade da comunidade); (3) diversidades ambientais (tais como condições climáticas, ou ameaças variadas de doenças epidêmicas ou do crime local); ou (4) posições relativamente diferentes em relação a outras (bem ilustrado pela discussão de Adam Smith, na Riqueza das Nações, do fato de que a roupa e outros recursos de que se precisa "para aparecer em público sem vergonha" dependem do que outras pessoas usam normalmente, o que, por sua vez, pode ser mais caro em sociedades ricas do que nas mais pobres)[18].

---

transportation, adequate information, etc. Capabilities approaches maintain that the former is only really significant in terms of the latter.
(...) In this sense, capabilities approaches follow from a loosely Kantian conception of each person as an end possessed of an irreducibledignity that demands respect. Capabilities approaches assert that we do not value social goods fortheir own sake but because of what they do for people. This entails the notion that all persons areowed equally the social bases of certain abilities to be and do".

[17] SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. **Journal of Human Development**, Vol. 6, No. 2, July 2005, p. 153.

[18] SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. **Journal of Human Development.** *cit.* p. 154.

Assim, na abordagem com foco nas competências, não se deve garantir apenas o direito a capacidade e ao seu exercício (substancial), mas também os meios pelos quais as pessoas possam fazê-lo (processo). De nada adianta, por exemplo, conceder capacidade de agir relativa a pessoas que não tem condições de externar vontade, se não há meios capazes delas externarem vontade (por razões evidentes).

Assim, a leitura a se fazer da capacidade, na perspectiva de que esta é uma das competências inerentes a todo o ser humano, ou seja, um direito da personalidade, leva em conta não apenas o discernimento, mas todas as habilidades que a pessoa reúne para tomar decisões e externar sua vontade, assim como as suas limitações. Além disso, essas habilidades e limitações devem ser avaliadas dentro do contexto social, ambiental e cultural em que a pessoa está envolvida e quais os recursos que ela necessita ter acesso para exercer as habilidades e mitigar as limitações.

Há, entretanto, que se reconhecer que há pessoas que não apresentam qualquer habilidade de tomar decisões de forma autônoma, ou que sequer poderão expressar a sua vontade, seja por causa transitória ou permanente. Esse fato pode se dar por inúmeras circunstâncias, mas é importante que se fixe que, no modelo social, é preciso que esses impedimentos sejam intransponíveis e devem se aplicar igualmente a todas as demais pessoas, independentemente de qualquer deficiência. O modelo de análise funcional, com base apenas no critério discernimento, não é considerado adequado.

Nesse ponto, alguns autores se ocuparam de propor critérios baseados nessa nova abordagem da deficiência segundo o modelo social, não só para se estabelecer as medidas de apoio e adaptação razoável aplicáveis, mas também para identificar casos em que os impedimentos seriam considerados intransponíveis. Reitere-se, a deficiência não é nem pode ser um dos critérios.

Por todos, propõe-se a adoção da proposta de Micheal Bach e Lana Kerzner, para os quais a habilidade de tomada de decisão possui dois requisitos básicos, sendo o seu limite mínimo de configuração: a

competência para se comunicar de forma cognoscível pelo menos à uma pessoa (geralmente o apoiador); ser capaz de dizer "quem" é, sua história de vida, valores, objetivos, necessidades e desafios, e usar essa coerência narrativa da vida para ajudar a direcionar as decisões que dão efeito às suas intenções[19]. Em outras palavras, agir de forma que pelo menos uma outra pessoa que tenha conhecimento pessoal do indivíduo possa razoavelmente atribuir-lhe ações, vontade e / ou intenções pessoais, memória, coerência através do tempo. Não sendo atendido esse limite mínimo, seria o caso de interdição por incapacidade absoluta, entretanto, isso não é mais possível no direito brasileiro dada a revogação dos incisos do art. 3º do CC/02.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, nesse ponto, criou uma norma sem condição de possibilidade de aplicação, ao colocar as pessoas que não conseguem exprimir vontade, independente de ser ou não pessoa com deficiência, no rol de relativamente incapazes (art. 4º, inciso III, CC/02). A interpretação que deve vigorar é que essas pessoas, mesmo sendo relativamente incapazes, por determinação legal, serão representadas por seus curadores. Veja-se que a causa da incapacidade não é a deficiência, mas sim a impossibilidade de comunicação, valendo para todas as pessoas, não havendo violação ao art. 12 da CDPD que garante capacidade a pessoa com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas.

Na proposta dos referidos autores, que aqui se adota, a capacidade de agir é uma competência (no sentido de Amartya Sen) e teria então três componentes principais: a) habilidades de tomada de decisão que atendam ao limite mínimo conforme definido acima; b) suporte necessário à tomada de decisões; e c) adaptação razoável por parte de outros no processo de tomada de decisão (ou seja, nos bens e serviços)[20].

---

[19] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity**". *cit.* p. 65-66.

[20] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity**". *cit.* p. 71.

Nessa perspectiva, como ficam os casos mais graves em que os impedimentos de ordem intelectual ou psíquica levam, muitas vezes, a pôr a vida das pessoas em risco? Para responder a essa pergunta, propõe-se a adoção de três níveis de apoio na tomada de decisão que tem como uma das principais características a sua continuidade, a sua finalidade (potencializar as habilidades decisórias das pessoas apoiadas) e o fato de poderem ser aplicados simultaneamente a mesma pessoa, a depender do tipo de decisão, quais sejam[21]:

> - Decisão independente: nesse primeiro nível, a pessoa tem a habilidade de tomar decisões por conta própria e assim é reconhecida, entretanto, necessita de adaptações razoáveis para assisti-la no processo de tomada de decisão, por exemplo, garantir que a informação relativa a decisão a ser tomada seja disponibilizada em um formato que a pessoa consiga compreender, dar a pessoa tempo de sobra para tomar a decisão e permitir o uso de apoios informais, por exemplo, que a pessoa possa consultar aqueles mais próximos a ela, antes de decidir.
> - Decisão apoiada: nele o indivíduo é provido de auxílio na tomada de decisão em qualquer e todas as áreas que desejar, podendo tomar diversas formas, como por exemplo o "círculo de apoio" – um certo número de indivíduos de confiança da pessoa, escolhidos por ela, para ajudá-la no processo. Os apoiadores devem ser pessoas que conhecem bem o(a) apoiado(a) e possam ajudar a interpretar a manifestação de vontade da pessoa e comunica-la a terceiros. Os estados partes da CDPD devem prover diferentes modalidades de apoio, além de permitir a formalização de acordos de decisão apoiada e garantir que as decisões tomadas por meio desse mecanismo sejam respeitadas por todos.
> - Decisão facilitada: deve ser aplicada em último caso, quando não há nenhum "círculo de apoio" ou nenhuma outra pessoa que possa interpretar a vontade e as

[21] FLYNN, Eilionóir, ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity. **Melbourne Legal Studies Research Paper Nº. 732.** The University of Melbourne: Autralia, 2014, p. 41-42. Disponível em: <http://ssrn.com>. Acesso em 03 de julho de 2019.

> preferências da pessoa. Nesse caso, será apontado um representante para tomar as decisões em nome do indivíduo, mas o faz com a vontade e as preferências da pessoa no centro do processo da tomada de decisão e de maneira tal que melhor promova o aumento da autonomia e da capacidade de decisão da pessoa apoiada. O papel do representante é projetar a vontade e as preferências da pessoa e tomar a decisão com base nisso. Isso distingue a tomada de decisão facilitada da curatela tradicional que favorece uma determinação objetiva dos "melhores interesses" da pessoa, em vez de priorizar a vontade e a preferência do indivíduo.

Adequando a proposta a realidade legislativa brasileira, temos que o apoio do nível de decisão facilitada corresponde a curatela da pessoa com deficiência, prevista nos arts. 84 a 87 do EPD, que por necessidade de estar conforme ao art. 12 da CDPD, não possui as mesmas regras da curatela tradicional, embora isso não tenha ficado suficientemente claro no EPD. Os demais níveis de apoio mencionados devem ser adequados ao negócio jurídico de tomada de decisão apoiada previstos no art. 1.783-A do CC/02[22].

Levando em consideração a classificação da deficiência intelectual em leve, moderada e grave, *a priori*, temos que nos dois primeiros casos, via de regra, seriam necessários apoios no nível de decisão independente e decisão apoiada. Entretanto, os níveis de apoio que a pessoa necessita não dependem apenas da sua deficiência ser classificada em grau leve, moderado ou grave. Fatores sociais como acesso à educação inclusiva e meios de apoio durante toda sua vida voltados para desenvolver autonomia e uma vida independente são cruciais na análise da competência da pessoa em tomar decisões, o que por óbvio influenciam sua capacidade de testar.

---

[22] Modelos de apoio alternativos, principalmente para os casos mais graves de deficiência mental e intelectual foram abordados na tese de doutoramento deste Autor.

A manutenção do sistema da curatela[23]para a pessoa com deficiência, com regras pouco claras quanto a sua diferenciação ou não em relação a curatela aplicável as demais pessoas, a extinção dos casos de incapacidade absoluta para maiores de 16 (dezesseis) anos, aliadas a previsão de um único modelo de apoio na tomada de decisão são alguns dos grandes problemas do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Temos assim um conflito entre um modelo baseado no discernimento (CC/02), que revolve a questão da capacidade para testar, e um modelo baseado em competências (CDPD). A solução parece ser no caminho proposto pela CDPD, de fornecer à pessoa com deficiência os meios necessários para o exercício de sua capacidade. Sendo assim, é admissível que uma pessoa com deficiência intelectual possua capacidade para testar, desde que, em uma abordagem baseada em suas competências, que leva em conta mas não se limita a gravidade de seu impedimento, se verifique que esta tem plenas condições de fazê-lo de forma autônoma ou com apoio, mas nunca assistida ou representada por um curador. Havendo imposição de medida de curatela, está a pessoa com deficiência impedida de testar, caso essa esfera de decisão a respeito da destinação de seu patrimônio esteja sujeita intervenção do curador, ainda que na modalidade de assistência.

Nunca é demais lembrar que o apoiador não poderá influenciar, de qualquer forma, na decisão da pessoa, podendo apenas ajudar na comunicação e na compreensão das consequências dessa. No caso do(s) apoiador(es) da pessoa (que geralmente é um membro da família) ser contemplada no testamento, ou tiver qualquer interesse jurídico na sucessão do apoiado, este(s) estará(ão) impedido(s) de atuar(em) como apoiador(es) da pessoa nesse ato em específico, devendo ser nomeada(s) outra(s) pessoa(s) para fazê-lo.

---

[23] Há modelos de apoio na tomada de decisão inclusive para os casos mais graves. Sobre o tema conferir "WATSON, Jo. Listening to those rarely heard: supporting people with severe to profound intelectual disability to participate in decisions about their lives. *In*: BELONGING MATTERS. **Thinking about...Decision Making**. Issue 16, August 2013".

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização do testamento como ferramenta de planejamento sucessório por pessoas com deficiência intelectual, desde que estas tenham competência para tomar este tipo de decisão de forma autônoma ou apoiada, que dependerá não só da gravidade da deficiência, mas também das circunstâncias particulares de cada pessoa.

REFERÊNCIAS

AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES (AAIDD). **Definition of intellectual disability**. Washington, DC. Disponível em: <http://www.aaidd.org/intellectual-disability/definition>. Acesso em 30 de junho de 2020.

BACH, Micheal; KERZNER, Lana. “**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity**”. “Paper” preparado para a comissão de direito de Ontário, outubro de 2010. Disponível em: <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>. Acesso em: 29 de junho 2020.

FLYNN, Eilionóir, ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity. **Melbourne Legal Studies Research Paper** Nº. 732. The University of Melbourne: Autralia, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com>. Acesso em 03 de julho de 2019.

KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". **Essays in Philosophy**: Vol. 9: Iss. 1, Article 11, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Sucessões. 4. ed. v. 6, São Paulo: Saraiva, 2018.

NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and Human Rights. 66 **Fordham L. Rev**. 273, 1997. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2>, Acesso em: 23 de julho de 2019.

SECRETARIA DE SAÚDE DO GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. NOTA TÉCNICA COVID-19 N° 14/2020 SESA/SSAS/GROSS/NEAE-RCPD. Vitória/ES, 2020.

SEN, Amartya. Equality of what?. *In*: MCMURRIN, S., ed. **The Tanner Lectures on Human Values**, Salt Lake City: University of Utah Press, 1980.

SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. **Journal of Human Development**, Vol. 6, No. 2, July 2005.

SEN, Amartya. The Standard of Living. *In*: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). **The Standard of Living**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

TAGGART, L.; COUSINS, W. Health **Promotion for People with Intellectual and Developmental Disabilities**. Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2014. ISBN 9780335246946. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000tww&AN=524809&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 30 jun. 2020.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das sucessões. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). v. 21, São Paulo: Saraiva, 2003.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: o direito à morte digna[*]

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka[**]

> "Tú me importas por ser tú, importas hasta el último momento de tu vida y haremos todo lo que esté a nuestro alcance, no sólo para ayudarte a morir en paz, sino también a vivir hasta el día en que mueras" (Cicely Saunders, fundadora do Movimento *Hospice* – 1947).

Na medida em que regula as relações humanas, o Direito não tem sentido e razão de ser se não for – ele mesmo – humano. Essa construção, aparentemente pleonástica, serve para demonstrar o que deveria ser evidente para todos: o Direito não tem como função a limitação arbitrária das liberdades; muito pelo contrário, seu objetivo é as *reconhecer* e, com isso, *tutelar* os anseios de cada comunidade, propiciando a cada indivíduo, na maior medida possível, a fruição de sua existência e a oportunização de caminhos que realizem ao máximo sua

[*] O presente texto deriva de artigo maior, antes escrito por esta autora, em coautoria com Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes Agapito, denominado "Diretivas antecipadas de vontade como instrumento de concretização do direito fundamental à morte digna", que foi publicado na obra coletiva *Transformações do direito privado nos 30 anos da Constituição*: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Coordenado por Marcos Ehrhardt Jr. e Eroulths Cortiano Junior. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 197-217.

[**] Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Coordenadora Titular e Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Coordenadora Titular da área de Direito Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Doutora e Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Ex-Procuradora Federal. Fundadora e Diretora Nacional do IBDFAM (região sudeste). Diretora Nacional do IBDCivil (região sudeste).

condição humana. Isso exige, então, uma proteção à liberdade, principalmente no que diz respeito às decisões *existenciais*.

Logo, o jurista deve ter um olhar sociológico e psicológico para os fatos da vida, percebendo seus valores subjacentes, assim como os anseios sociais que os circundam, para definir, em primeiro lugar, se são merecedores de tutela jurídica. Se o forem, é dever do jurista os defender tão prontamente quanto possível, pois o fato da vida que privilegia a dignidade da pessoa humana deve ser percebido pelos jurisconsultos com brevidade, alterando-se a lei ou sua interpretação, com a agilidade possível, para refletir o novo contexto.

Nessa ordem de ideias, há um fato da vida clamando por atenção. Trata-se da situação daqueles que, saudáveis ou já adoecidos, possuem diretivas relativas aos tratamentos médicos que se lhes devem ser aplicados (ou não) quando não puderem mais externar sua volição. Refiro-me às *diretivas antecipadas de vontade*.

Se analisadas segundo o prisma da teoria do fato jurídico, as diretivas antecipadas de vontade são, sem dúvida, negócio jurídico, isto é, declaração de vontade destinada a produzir efeitos que o declarante pretende e o direito reconhece, para quando estiver em estado de terminalidade da vida e impossibilitado de manifestar qualquer vontade. É um ato unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável. É, assim, o documento escrito (na melhor das hipóteses feito por escritura pública) por uma pessoa capaz, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade acerca de tratamentos e não tratamentos, aos quais deseja, ou não, ser submetida quando estiver impossibilitada de manifestar sua vontade. As diretivas antecipadas de vontade visam, pois, a um só tempo, garantir ao paciente que sua vontade será atendida no momento de terminalidade da vida, e, também, garantir ao médico um respaldo jurídico para a tomada de decisão em situações conflitivas.

Nesse passo, é importante apontar que as diretivas antecipadas de vontade devem ser aplicadas apenas a *casos de terminalidade*. Paciente terminal é aquele cuja condição de insanabilidade é irreversível,

independentemente de ser tratado ou não, apresentando alta probabilidade de morrer em tempo relativamente curto. Estado de *terminalidade*, portanto, é diferente de *estado vegetativo persistente* (EVP). Isso porque este último é aquele estado em que o paciente mantém funções cardiovasculares, respiratórias, renais, termorreguladoras e endócrinas, alterna sono e vigília, mas não mostra nenhum contato com o meio externo e nenhuma atividade voluntária. Por isso – aprioristicamente – as diretivas antecipadas de vontade não se aplicariam aos casos de *estado vegetativo persistente*, pois a supressão dos cuidados a esse tipo de paciente não corresponderia à ortotanásia, mas, sim, a uma eutanásia passiva, ainda não autorizada no Brasil. O assunto merece apreciação e reflexões mais cuidadosas e verticalizadas, pela Ciência Médica, principalmente.

As principais normas constitucionais aplicáveis às diretivas antecipadas de vontade são, sem dúvida, a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III, da CF/88) e a proteção da autonomia da vontade, princípio constitucional implícito, decorrente de vários direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF/88. Todos esses princípios constitucionais indicam a existência de um direito fundamental à morte digna, e revelam a validação constitucional às denominadas diretivas antecipadas de vontade.

Em termos de legislação infraconstitucional, não há no Brasil, ainda, legislação específica sobre o tema. Em âmbito infralegal, porém, há dois importantes regramentos deontológicos sobre o assunto. Trata-se da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.931/2009, que institui o atual Código de Ética Médica, em vigor desde 2010; e a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1.995/2012 dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Esses regulamentos trazem grande avanço ao reconhecimento da importância

da vontade do paciente para a suspensão de tratamentos fúteis[1], mas, ainda assim, não são suficientes para albergar com tranquilidade os problemas práticos atinentes a esse delicado assunto, na relação médico-paciente, pelos motivos acima mencionados (há proteção administrativa, mas ainda não há segurança civil e criminal).

Diretivas antecipadas de vontade não devem ser confundidas com eutanásia, ortotanásia, distanásia, suicídio assistido, mistanásia, mandato duradouro e testamento vital. Contudo, as diretivas antecipadas de vontade não excluem, exatamente, conceitos como eutanásia, ortotanásia etc., mas sim tratam justamente sobre elas. Com isso quero dizer que a eutanásia e os outros conceitos atinentes ao direito da chamada *morte digna* podem ser *objeto* das diretivas antecipadas de vontade. O que deve ser verificado, contudo, é a sua efetiva validade e eficácia. Em uma diretiva, então, o paciente pode, por exemplo, tanto expressar seu desejo pela obstinação terapêutica (distanásia) como, ao contrário, manifestar-se desejando a ortotanásia, ou, mais ainda, pode manifestar-se pela eutanásia direta e ativa. Logo, com relação ao *objeto* do negócio jurídico *diretivas antecipadas de vontade*, a sua validade deverá ser aferida de acordo com a licitude (ou não) daquilo que se expressou. Assim, se as diretivas antecipadas expressarem um desejo por uma eutanásia direta e ativa, o negócio será inválido por ilicitude do objeto (CC, art. 166, II), pois essa prática não é legal no Brasil, ou seja, há uma proibição de atendimento da vontade por força de disposições contrárias, estampadas em nosso ordenamento jurídico. Se, contudo, as diretivas antecipadas de vontade contiverem um pedido de ortotanásia, este objeto deverá ser considerado válido, pois – respeitados os entendimentos contrários – a ortotanásia é lícita enquanto prática médica (conforme a Resolução CFM n. 1.805/2006), havendo de ser executada

---

[1] Expressão oriunda da literatura médica. "É toda intervenção que não atenda ou que seja incoerente com os objetivos propostos no tratamento de um determinado doente". Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-507x2008000400016&script=sci_arttext. Acesso em: 4 jul. 2020.

a vontade do paciente, que foi expressada por meio das diretivas; e também é tida como lícita enquanto prática médica (conforme a Resolução CFM n. 1.995/2012).

O paciente que, prevenido, organizou as suas diretivas antecipadas de vontade quando ainda estava saudável e/ou consciente, ao se encontrar, posteriormente, sob estado terminal, e incapaz de exprimir a sua vontade, terá a seu favor este benefício e a oportunidade pessoal de saber que o que deixou estipulado antes irá acontecer. Se o caso for de diretivas que determinavam a interrupção de tratamentos e terapias inúteis, à face de um irreversível estado de terminalidade, à face de circunstâncias que encontram esgotados quaisquer tratamentos de conservação ou prolongamento da vida, está, na verdade, escolhendo ficar, nos seus derradeiros dias de vida, sob os chamados cuidados paliativos.

Interessante é notar que tanto um paciente que não deixou diretivas antecipadas de vontade, assim escolhendo, quanto aquele outro paciente que as deixou, ambos poderão estar, ao mesmo tempo, quiçá, sob cuidados paliativos. Entendermos a diferença entre o tratamento pela via de cuidados paliativos para paciente consciente e o mesmo tratamento para aquele outro paciente que se encontra inconsciente, em estado de terminalidade, tem significativa importância, porque este último teve a nobre chance da escolha pessoal e terá, certamente, esta escolha atendida. A escolha de morrer dignamente, ao tempo certo.

Segundo registra a Organização Mundial da Saúde (OMS), os cuidados paliativos – para pacientes portadores de doenças graves, progressivas e incuráveis, que ameacem a continuidade da vida – deveriam receber a abordagem desde o seu diagnóstico. Na recomendação para tais cuidados paliativos, deve-se considerar a indicação para aqueles pacientes que esgotaram todas as possibilidades de tratamento de manutenção ou prolongamento da vida, que apresentem

sofrimento moderado a intenso, e que optem pela manutenção de conforto e dignidade da vida[2].

Conforme tão bem informa o *Manual de cuidados paliativos* da Academia Nacional de Cuidados Paliativos[3], o Centro que desenvolve tais cuidados abriga pacientes que estão fora da possibilidade de cura e se acumulam nos hospitais, recebendo assistência inadequada, quase sempre focada na tentativa de recuperação, com a utilização de métodos invasivos e alta tecnologia. E, anote-se, não se trata de cultivar uma postura contrária à medicina tecnológica, mas sim de questionar a "tecnolatria".

São princípios dos cuidados paliativos: promover o alívio da dor e de outros sintomas desagradáveis, afirmar a vida e considerar a morte como um processo normal desta, não acelerar, nem adiar a morte, oferecer abordagem multiprofissional para focar as necessidades dos pacientes e seus familiares, incluindo acompanhamento no luto, melhorar a qualidade de vida e influenciar positivamente o curso da doença[4]. Como consequência, é preciso refletir sobre a conduta médica à face da mortalidade humana, buscando um equilíbrio entre o conhecimento científico e o humanismo, no sentido de resgate da dignidade da vida e da possibilidade de se morrer em paz.

Voltando – para finalizar – às considerações sobre as diretivas antecipadas de vontade, pode-se dizer que ainda hoje é bastante *restrito o número de brasileiros* que fizeram as suas próprias diretivas. Várias são as razões para isso, quer para pacientes, quer para seus familiares. Exatamente por isso, ainda é bastante restrito o número de situações reais que se apresentam aos médicos, nos hospitais, requisitando deles a decisão máxima, de acordo com a vontade exarada pelo paciente no documento. Todos esses pontos resultam numa insegurança tanto para as

---

[2] *Manual de cuidados paliativos/Academia Nacional de Cuidados Paliativos*. Organizadores Ricardo Tavares de Carvalho e Henrique Afonseca Parsons Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009. p. 14 e ss.
[3] *Manual de cuidados paliativos*, cit., p. 14.
[4] *Manual de cuidados paliativos*, cit., p. 16-18.

pessoas que querem deixar o registro de suas vontades (expressão máxima de suas liberdades) quanto para os médicos, que têm que lidar com os conflitos próprios, e/ou com os conflitos dos familiares.

Ao se elaborar as diretivas antecipadas de vontade, há alguns cuidados materiais e formais a serem tomados. Idealmente, o paciente deve contar com o auxílio de um médico na elaboração do documento, especialmente no que diz respeito à recusa de tratamentos, e à ocasião de recusá-los. A ausência de um profissional médico no momento da elaboração das diretivas da vontade, contudo, não invalida, de per si, o negócio. Mas essa ausência pode ser usada como indício de que a vontade não foi expressa de forma consciente, o que pode resultar, depois, quiçá, na invalidade do negócio.

É recomendável que o documento seja confeccionado por tabelião, em Cartório de Notas, sendo que essa medida aumentará substancialmente a segurança jurídica do negócio. Nessa hipótese, a diretiva antecipada de vontade deve ser registrada na CENSEC – Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados. Na impossibilidade de formalização pela via do tabelião de notas, devem as diretivas pelo menos ser lançadas por escrito, e, se também isso não for possível, a declaração do paciente deve ser gravada (em áudio ou audiovisual) e/ou realizada na presença de testemunhas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Consentimento informado. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 339-362.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** [Theorie der grundrechte, 1986]. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

APPEL, Camilla. Introdução. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 15-17.

ARENDT, Hannah. **The human condition**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998 (publicado originalmente em 1958).

BOUZA-ALVARES, C. Medidas de soporte vital en un paciente en estado vegetativo persistente. **Medicina Intensiva**, Madrid: Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, v. 28, n. 3, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.559/2016, que dispõe sobre os direitos dos pacientes e dá outras providências**. Autores: Pepe Vargas (PT/RS), Chico D'Angelo (PT/RJ) e Henrique Fontana (PT/RS). Brasília: Congresso Nacional, 2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208797. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.805/2006, publicada no **DOU** de 28 de novembro de 2006, Seção I, p. 169. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.995/2012, publicada no **DOU** de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995. Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CF/88]. Brasília: Congresso Nacional (Poder Constituinte), outubro de 1988. **Portal da Legislação do Governo Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jul. 2017.

CARVALHO, Carla Vasconcelos. Direito à morte digna na Bélgica: um consenso dialogicamente construído. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 287-306.

CARVALHO, Ricardo Tavares de; PARSONS, Henrique Afonseca (org.). **Manual de cuidados paliativos/Academia Nacional de Cuidados Paliativos**. Rio de Janeiro: Diagraphic, 2009.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 151-166.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIRETIVAS antecipadas de vontade: testamento vital e mandato duradouro. **Testamento Vital**. Disponível em: http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/. Acesso em: 29 maio 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida***:* aborto, eutanásia e liberdades individuais [Life's dominion]. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução por Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Florianópolis. **Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)**, Florianópolis, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: http://fpprocessualistascivis.blogspot.com. Acesso em: 30 maio 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 131-150.

GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

JAEGER-FINE, Toni. Morte com dignidade nos Estados Unidos. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 307-337.

LEITE, George Salomão. Bioética constitucional. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 19-34.

LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: aspectos médicos e jurídicos. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito à morte digna na Inglaterra: análise jurídica do caso Lilian Boyes. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 237-264.

MELO, Nehemias Domingos de. O direito de morrer com dignidade. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 87-100.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Direito à morte digna na Espanha: análise jurídica do caso Ramón Sampedro. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 217-236.

OLIVEIRA, José Lopes de. **Sucessões**. *Apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p. 267.

PEREIRA, André Dias; MATOS, Mafalda Francisco. Direito à morte digna na Itália: análise jurídica do caso Eliana Englaro. *In*: GODINHO,

Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 265-286.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Leo; RICCI, Luiz Antonio Lopes. O que entender por mistanásia. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 167-191.

PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 55-77.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução de Luis Greco, autorizada pelo autor, do artigo “Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, v. 32, out./dez. 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Suicídio assistido. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 193-216.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. A morte digna como resposta adequada à Constituição. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 35-54.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do ordenamento jurídico brasileiro: o conteúdo jurídico do direito fundamental à liberdade no processo de morrer. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 363-386.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. Prefácio. *In*: LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: aspectos médicos e jurídicos. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Congress. **H. R. 4449 – Patient Self-Determination Act of 1990**. Washington: Congress, 1990. Disponível em: https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/4449/tex. Acesso em: 30 maio 2018.

VECIANA, J. M. Grau. Estado vegetativo persistente: aspectos clínicos. **Medicina Intensiva**, Madrid: Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, v. 28, n. 3, 2004.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 101-130.

WHITE, Ellen G. **The collection**: volume one with five books: Steps to Christ; Christ's object lessons; Education; The ministry of healing and the mount of blessing. [*S. l.*]: TWC, 2016 (formato digital e-book, Kindle, part of the **Timeless Wisdom Collection**), pos. 8706.

DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Renata Oliveira Almeida Menezes*

Na qualidade de certeza inevitável da vida humana, a morte mostra-se um fenômeno além de biológico - concluído com o desequilíbrio homeostático, total e irreversível, do organismo – é um fenômeno social, que apresenta uma pluralidade de repercussões que são objetos de tutela jurídica. Na teoria dos fatos jurídicos, a morte pode ser qualificada como fato jurídico constitutivo, modificativo e extintivo; e uma das múltiplas situações jurídicas decorrentes dela é a abertura da sucessão, que propicia o exercício de representação de direitos patrimoniais após a morte, mediante regime próprio, o sucessório.

Sabendo-se que "o direito das sucessões não é dos mortos, mas sim dos vivos. São estes os reais titulares e destinatários dele"[1], constata-se que, na verdade, esse segmento jurídico se destina a organizar o patrimônio deixado pelo *de cujus*, regulando o seu regime de titularidades e seus reflexos no trato social.

Conforme explicita o artigo 2024º. do Código Civil português, a sucessão é "*o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam*". Apesar de não haver no Código Civil brasileiro correspondente exato para o artigos lusitano supracitado, a mesma ideia se aproveita para o regime sucessório do Brasil.

---

* Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Campina Grande e Universidad del Museo Social Argentino (UFCG/UMSA). Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Universidade de Lisboa (UFPE/ULISBOA) e Mestra em Direito pela UFPE.

[1] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

Ao se analisar o artigo acima aludido, pode-se frisar que o chamamento à titularidade das relações patrimoniais da pessoa falecida implica no estabelecimento de uma verdadeira identidade entre as relações que anteriormente eram encabeçadas pela pessoa falecida e aquelas as quais passa a ser titular o seu sucessor, na área dos interesses abarcados pelo epicentro do fenômeno sucessório. Pode-se, então, dizer que as relações jurídicas permanecem as mesmas após a morte, no retrato ontológico do fenômeno, a modificação que ocorre é em relação ao sujeito[2], que por impossibilidade fática deixa de ser o morto, passando a figurar no polo da titularidade os seus sucessores, novos sujeitos designados para as situações jurídicas remanescentes.

Nesse mesmo sentido, esclarece Ascensão[3] ao asseverar que a sucessão é caracterizada pelo ingresso de um sujeito na posição dantes ocupada por outro, é a transmissão de situações jurídicas de um para outro. Desta feita, fica clara a dimensão da abrangência do Direito das sucessões. Este ramo do Direito visa evitar que a morte perturbe a ordem social. A legislação sucessória e dos direitos das obrigações por muitas vezes impede a percepção de quão extraordinariamente audaciosas são as proposições que concedem à vontade humana um alcance tão poderoso, mesmo além da morte, a exemplo das disposições sobre o direito de emitir testamento, de escolher modalidade funeral e destinação dos órgãos.[4]

Desta feita, é irrefutável que a possibilidade de se estabelecer o planejamento sucessório contribui para que se cumpra a eficácia social do direito à autonomia privada, que no âmbito negocial constitui a autonomia da vontade, e materializa no âmbito civil-sucessório o direito

---

[2] LIMA, Joaquim Alberto Pires de.; VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado**. Volume VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 5.

[3] ASCENSÃO, Oliveira. **Direito Civil:** Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 36.

[4] MIRANDA, Générosa Bras. La protection posthume des droits de la personnalité. In: **Les Cahiers de propriété intellectuelle.** Vol. 19, no 3. Éditions Yvon Blais, Montréal, 2007, p. 707 e 805-806.

fundamental de liberdade. À luz do artigo 1.786 do Código Civil brasileiro, "a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade", e é justamente a segunda hipótese que mais torna evidente a importância de se respeitar o direito de ter a liberalidade de elaborar um planejamento sucessório autônomo, antecipadamente concebido para ter projeção após o evento morte, por meio do testamento.

Testamento é, pois, o método apropriado para o exercício do direito de testar, é uma espécie de negócio jurídico, unilateral, formal e pessoal, e é solene. Caso não sejam obedecidas as formalidades que são de sua natureza e substância, resultará em nulidade insuprível e impedimento de suas finalidades[5]. O artigo 2179.º, n. 1, do Código Civil português ao definir testamento, reforça a sua unilateralidade, expressa que é ato revogável destinado para a disposição após da morte dos bens.

Apesar de aprioristicamente mostrar uma incumbência precípua de tratar dos bens patrimoniais do falecido, há específicas questões de caráter pessoal que podem ser tratadas via testamentária. E esse pensamento é uníssono tanto no Brasil, quanto em Portugal, *in verbis*: Código Civil brasileiro, art. 1.857.,§ 2 º, "são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado"; Código Civil português, artigo 2179.º, n. 2., "*as disposições de carácter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um acto revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial*". Há que se frisar, no entanto, que essas disposições de última vontade, ainda que extrapatrimoniais, não coincidem com as diretivas para fim vida, nas quais o testamento vital figura como espécie.

Revisitando alguns excertos dispostos no Código Civil brasileiro, no Livro V, "Do Direito das Sucessões", acerca das espécies testamentárias, verifica-se que são considerados testamentos ordinários, o público, o cerrado e o particular; são testamentos especiais o marítimo,

---

[5] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 190-191.

o aeronáutico e o militar. Cada tipo de testamento apresenta requisitos formais, que podem ser abstraídos por meio da simples hermenêutica gramatical do texto legislativo.

É justamente no tocante aos aspectos solenes, requisitos de existência, validade e eficácia do documento em questão, que se questiona se em meio a uma situação de extrema excepcionalidade, como uma pandemia, pode-se afirmar que o testamento sucessório é o instrumento hábil para legitimar as disposições de última vontade; e, em caso afirmativo, pergunta-se como seria possível operacionalizar o cumprimento dos requisitos formais, em uma realidade em que a saúde pública demanda distanciamento social, isolamento social e quarentena.

Epidemia e pandemia são conceitos interrelacionados, mas têm acepções distintas. Epidemia, de acordo com Bonita, Beaglehole e Kjellström[6], é o acontecimento em uma região ou comunidade de um número de casos de constatação de determinada doença em excesso, quando se compara com o que normalmente seria esperado; então para se descrever uma epidemia, faz-se preciso especificar o período, a região geográfica e outras particularidades da população afetada. Ao passo que a OMS[7]conceitua pandemia como a disseminação mundial de uma nova doença. Uma pandemia de qualquer gravidade terá consequências para toda a sociedade, o que faz com que seja imprescindível que todas as organizações, privadas e públicas, efetuem o planejamento potencial de interrupção a ser causada por uma pandemia, incluindo o impacto do absenteísmo da equipe, considerando os impactos para a saúde, a preparação da economia e a preparação para as consequências humanitárias e sociais[8].

---

[6] BONITA, R.; BEAGLEHOLE, R.; KJELLSTRÖM, T. **Epidemiologia básica**. São Paulo: Santos Editora, 2010, p. 119.

[7] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (WORLD HEALTH ORGANIZATION). What is a pandemic? **Emergencies preparedness, response**. 2010, online.

[8] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (WORLD HEALTH ORGANIZATION). **Whole-of-society pandemic readiness.** Geneva: WHO, 2009, p. 5.

O distanciamento social foi projetado para reduzir as interações entre pessoas que compõem uma comunidade ampla, em que podem haver infectados, mas ainda não foram identificados e isolados. O isolamento social é a separação de pessoas doentes, em relação àquelas que não estão contaminadas, com o fito de interromper a transmissão da doença. A quarentena é a restrição de pessoas que presumidamente foram expostas a uma doença contagiosa, no entanto não estão doentes, seja por não terem sido infectadas, seja por a enfermidade encontrar-se no período de incubação, tem como objetivo reduzir a potencial transmissão de pessoas expostas antes da ocorrência de sintomas[9].

Essas medidas emergenciais, em que pese apresentarem plausíveis justificativas, podem dificultar e até impossibilitar o cumprimento de alguns requisitos para que os testamentos, na qualidade de tipo de instrumento hábil para oficializar as disposições de última vontade, seja considerado válido e, consequentemente, eficaz. É em face desse cenário que fica evidente a necessidade de se buscar uma alternativa para que na prática não seja ceifado o direito de testar durante a pandemia.

Dentre as solenidades exigíveis para os testamentos, cumpre avaliar a presença e a assinatura testemunhal, que resta comprometido em tempos de pandemia. Para o testamento público, à luz do artigo 1.864, incisos II e III, do CC/02, é necessário que após a lavratura do instrumento, ele seja lido na presença de duas testemunhas, as quais deverão assiná-lo em seguida. No testamento cerrado a entrega do documento ao tabelião, a lavratura e a leitura dele deve ser feita na presença de duas testemunhas, que terão a incumbência de assinar o auto de aprovação, por força do artigo 1.865, incisos I, III e IV. Em relação ao testamento particular, conforme o artigo 1.876, parágrafos 1º e 2º, caso seja escrito pelo próprio punho ou

---

[9] WILDER-SMITH, A. ; FREEDMAN, D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak**. Journal of Travel Medicine**. 2020, p. 2-3.

elaborado por processo eletrônico, pelo testador, carecerá da presença de três testemunhas nos atos de leitura e assinatura, bem como para subscreverem o instrumento.

No que concerne aos testamentos especiais, o marítimo e o aeronáutico apresentam a exigência de duas testemunhas e que se adote a forma do testamento público ou cerrado; no testamento militar o mesmo quantitativo de testemunhas é requerido, mas caso o testador não puder ou não souber assinar, serão exigidas três - nos termos dos artigos 1.888, 1.889 e 1893, do diploma cível.

Constata-se, então, que a participação das testemunhas é pressuposto formal comum para todas as espécies testamentárias admitidas no Brasil, o que justifica a preocupação em relação a como se pode operacionalizar o cumprimento da solenidade, uma vez que há o afastamento entre pessoas motivado pela pandemia. A única exceção encontrada no Código Civil para a relativização do requisito abordado tem posição topográfica no artigo 1.879, que preceitua que "em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz".

Esse trâmite burocrático em que é necessária a provocação do poder judiciário também não satisfaz a necessidade urgente da excepcionalidade pandêmica, pois embora se tenha acesso à Justiça via internet, embora o processo eletrônico seja uma modalidade que, em termos quantitativos, é bem recepcionada no país, há que se sopesar a contumaz demora no seu processamento e a dificuldade de acesso à tão importante defensoria pública, por aqueles que não têm condições de acesso à advocacia privada, durante o momento peculiar em enfoque. Desta feita, fazendo-se uma análise equitativa, considerando todas as camadas da população, pode-se afirmar que a exceção expressa no artigo 1.879 é ineficaz para se garantir a manutenção das disposições de última vontade.

A possibilidade de se estabelecer uma nova modalidade de testamento especial, em que se exclua a participação testemunhal do rol

de formalidades, com aplicação designada para o período da pandemia da COVID-19 está vetada expressamente pelo artigo 1.887, CC/02; ele informa que o rol disposto em seu dispositivo anterior é taxativo, ou seja, as únicas espécies de testamento especial admitidas são: marítimo, aeronáutico e militar.

Ao tratar sobre os testamentos marítimo e aeronáutico, Gagliano e Pamplona Filho[10] expressam que a premência para a elaboração do testamento não decorre necessariamente de uma emergência coletiva, mais provavelmente de uma vontade individual, sendo, pois, modalidades não usuais, motivos pelo qual defendem que não se justifica uma normatização específica. Ora, caso fosse adotado esse posicionamento dos autores, adaptando-o ao contexto da pandemia poder-se-ia defender que a necessidade de elaboração testamental não seria pouco procurada, inusual.

Existe outro requisito exigível para que o testamento obedeça às solenidades inerentes à sua natureza, diz respeito aos serviços notariais e de registro, os quais têm o fito de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos – de acordo com o artigo 3º, da Lei 8.935/1994. Dentre as atividades efetuadas pelo tabelião no que tange os testamentos, variam de acordo com a espécie e merecem ser designadas as que serão analisadas a seguir.

O testamento público deve ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas; é ele quem o lavra, o lê em voz alta, e é uma das pessoas que o assina[11]. Para o testamento cerrado se exige a presença do tabelião ou seu substituto legal, para recebê-lo, assinar o auto de aprovação, e cerrar ou coser o documento[12]. No tocante ao testamento particular, devido ao fato de ele poder ser escrito de

---

[10] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1580-1581.
[11] Artigo 1.864, CC/02.
[12] Artigos 1.868 e 1.869, CC/02.

próprio punho ou mediante processo mecânico[13], não se requer a presença do tabelião e é dispensado o seu registro; em relação aos testamentos especiais, tampouco se aplica esse requisito.

Há somente que se frisar que a partir do momento em que se puder testar de forma ordinária, os testadores das modalidades especiais, terão o prazo de noventa dias para fazê-lo, sob pena de caducidade; essa conversão, caso ocorra, em testamento ordinário, e seja revertido nas modalidades pública ou cerrada, terá a participação do tabelião.

Apesar de o legislador brasileiro ter destinado um trato minucioso aos tipos de testamento, deixando transbordar a importância concedida ao resguardo da autonomia da vontade em relação a essa modalidade de negócio jurídico, a mudança social, ainda que seja temporária, causada pela pandemia da COVID-19, desafia o uso da progressividade do método hermenêutico histórico, para adaptar os termos gramaticais de modo evolutivo, para que não percam a eficácia social, e que sejam mantidas as possibilidade de fazer o exercício das disposições de última vontade. Questiona-se, então, se o direito sucessório tal como se encontra na atualidade está apto para adaptar a solenidade dos testamentos às demandas urgentes sociais.

> Existe um debate nas ciências sociais sobre se a verdade e a qualidade das instituições de uma dada sociedade se conhecem melhor em situações de normalidade, de funcionamento corrente, ou em situações excepcionais, de crise. Talvez os dois tipos de situação sejam igualmente indutores de conhecimento, mas certamente que nos permitem conhecer ou relevar coisas diferentes. Que potenciais conhecimentos decorrem da pandemia do coronavírus?[14]

Essa pergunta que pode ser aplicada a várias áreas de conhecimento, ao ser enquadrada no Direito das Sucessões, e mais

---

[13] Artigo 1.876, CC/02.

[14] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus.** Coimbra: Almedina, 2020, p. 5.

especificamente às disposições últimas de vontade, gera o desafio de tentar aumentar o nível de profundidade do direito sucessório, verificando se o conhecimento nessa área pode ser atualizado e adaptado a ponto de se conseguir unir a solenidade inerente aos testamentos, que se justifica pela busca da segurança jurídica, com as medidas sanitárias de isolamento social, distanciamento social e quarentena.

Para resolver a questão dos serviços notariais, o Conselho Nacional de Justiça, embasando-se no artigo 41, da Lei 8.935/94, que autoriza que os atos notariais sejam prestados por meio eletrônico, §8º do art. 2º-A da Lei n. 12.682/12, que aborda a elaboração e o arquivamento em meio eletrônico de documentos públicos, com a utilização da certificação digital, aprovou o Provimento N. 100, que trata sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências.[15]

Passa, pois, a ser permitido o intercâmbio de documentos, o envio e recebimento de informações e dados entre os notários; implementa uma plataforma de abrangência nacional para a elaboração de atos notariais eletrônicos; promove a digitalização de documentos físicos; e a conferência de conferência de documentos eletrônicos autenticados, entre outras alterações.

Desta feita, pode-se asseverar que, por força do artigo 29, do Provimento N. 100, "os atos notariais eletrônicos, cuja autenticidade seja conferida pela internet por meio do e-Notariado, constituem instrumentos públicos para todos os efeitos legais (...)". Ora, como os testamentos são negócios jurídicos, que a depender da espécie, apresentam como requisito de validade os atos notariais, em caso de impossibilidade de ser realizado fisicamente, presencialmente com o tabelião, poderão ser lavrados de forma remota, por meio dos recursos eletrônicos e digitais.

---

[15] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento N. 100 de 26 de maio de 2020. **Diário da Justiça**. Brasília, 26 de maio de 2020.

O testamento será firmado no domicílio do testador[16], e será válido contanto que obedeça aos requisitos da prática do ato notarial eletrônico: videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico; concordância expressada pelas partes com os termos do ato notarial eletrônico; assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado; assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil; uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital - conforme encontra-se expresso no terceiro artigo do provimento.

Em relação ao cumprimento do requisito de participação de testemunhas, mister é se destacar o artigo 30, do provimento, que dispõe que "fica autorizada a realização de ato notarial híbrido, com uma das partes assinando fisicamente o ato notarial e a outra, a distância, nos termos desse provimento", dirime o problema de se obedecer à formalidade de concretizar a presença física das testemunhas nos atos testamentários, ainda que o testador opte por estar presente no cartório.

Em síntese, ainda que o testamento particular, sujeito à aprovação judicial, possa ser utilizado em tempos de pandemia, se discorda da preferência por tal modalidade; uma vez que essa alternativa é capaz de sobrecarregar mais ainda o Poder Judiciário, e por se mostrar inábil para a população menos favorecida no aspecto econômico, que em tempos de pandemia não têm sequer moradia favorável ao cumprimento do isolamento, distanciamento ou quarentena, e muito menos terão acesso remoto à defensoria pública.

Deve-se, pois, preferir as demais espécies de testamento ordinário, o público ou o cerrado, uma vez que a pandemia causada pela COVID-19 não se enquadra no rol taxativo de hipóteses suscetíveis ao testamento especial; e considerando-se que o acesso à internet para fins

---

[16] Art. 21. A comprovação do domicílio, em qualquer das hipóteses deste provimento, será realizada: (...)
II- em se tratando de pessoa física: pela verificação dotítulo de eleitor, ou outro domicílio comprovado.

notariais, ainda que pela camada mais pobre da sociedade, é mais provável que o acesso remoto ao Judiciário.

Ademais, apartado do direito sucessório, conexo aos direitos da personalidade, porém igualmente instrumento para as disposições de última vontade, só que de natureza exclusivamente existencial, tem-se os testamentos vitais, espécies do gênero as diretivas antecipadas de vontade. Sob esse prisma, pode-se dizer que:

> O testamento civil, instituto típico do direito sucessório, remete à ideia de declaração antecipada de vontade acerca de qual será o destino do patrimônio do testador, após o seu falecimento. No caso do testamento vital, apesar de ele também consistir em declaração prévia de vontade, a sua eficácia não se inicia a partir da *causa mortis*, mas se destina a produzir efeitos nos últimos momentos da vida, no momento em que começa o processo de morte; possui eficácia *erga omnes* e trata-se de negócio jurídico *inter vivos*.[17]

O testamento vital tem o fito de possibilitar ao paciente, fragilizado devido à sua saúde debilitada, tenha a sua integridade física e moral inabaladas em seu último estágio de vida, tendo resguardada a sua liberdade de expressar a vontade, respeitando-se seu posicionamento sobre a continuação ou não de um tratamento indispensável à manutenção artificial da sua vida, tutelando-se, pois, a sua dignidade.[18]

Considerando-se as características inerentes aos direitos da personalidade, e que a personalidade jurídica só se extingue com a morte, pode-se afirmar que o paciente em fim de vida devido às complicações da sua infecção pelo coronavírus, ainda tem vida, portanto é sujeito de direitos da personalidade e de direitos fundamentais. Embora na prática, devido aos leitos superlotados; à contingência de recursos destinados à saúde, em

---

[17] MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Paciente terminal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** Curitiba: Juruá, 2017, p. 85.

[18] MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Ortotanásia:** o direito à morte digna. Curitiba: Juruá, 2015, p. 129.

comparação com a demanda, causando frequentemente a mistanásia; embora os médicos e demais profissionais da saúde estejam sobrecarregados, ainda há que se buscar a concretização da ortotanásia por meio da obediência dos testamentos vitais. A pandemia não afasta a eficácia dessas disposições existenciais de vontade em fim de vida, a autonomia do paciente continua sendo um princípio bioético digno de ser seguido.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, Oliveira. **Direito Civil:** Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

BONITA, R.; BEAGLEHOLE, R.; KJELLSTRÖM, T. **Epidemiologia básica**. São Paulo: Santos Editora, 2010.

BRASIL. **Lei 8.935,** de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em 28 de jun. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 28 de jun. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento N. 100 de 26 de maio de 2020. **Diário da Justiça**. Brasília, 26 de maio de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Joaquim Alberto Pires de.; VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado**. Volume VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Ortotanásia:** o direito à morte digna. Curitiba: Juruá, 2015.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Paciente terminal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** Curitiba: Juruá, 2017.

MIRANDA, Générosa Bras. La protection posthume des droits de la personnalité. In: **Les Cahiers de propriété intellectuelle.** Vol. 19, no 3. Éditions Yvon Blais, Montréal, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (WORLD HEALTH ORGANIZATION). What is a pandemic? **Emergencies preparedness, response**. 2010. Disponível em: <https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/>. Acesso em 26 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (WORLD HEALTH ORGANIZATION). **Whole-of-society pandemic readiness.** Geneva: WHO, 2009.

PORTUGAL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus.** Coimbra: Almedina, 2020. Disponível em: <https://www.cpalsocial.org/documentos/927.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

WILDER-SMITH, A.; FREEDMAN, D.O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak**. Journal of Travel Medicine**. 2020.

QUAIS AS FERRAMENTAS DISPONIBILIZADAS PELO DIREITO PARA MANIFESTAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE NESTAS CIRCUNSTÂNCIAS?

Rose Melo Vencelau Meireles*

A pandemia do COVID-19 trouxe a consciência da finitude da vida, mesmo para aqueles que não a tinham em consideração. No âmbito jurídico, ampliou-se o espaço para o planejamento da morte, que tem como instrumento mais tradicional o testamento. O conteúdo do testamento pode ser patrimonial ou não patrimonial (CC, art. 1.857). A possibilidade de conter disposições não patrimoniais alarga sobremaneira a ideia de planejamento *post mortem*, a indicar a variedade de interesses que podem ser relevantes após o óbito e contar com o planejamento do seu titular[1].

O testamento ostenta a segurança da forma testamentária, prevista com rigor pela legislação. A observância da forma tem função preventiva, probante e executiva. A forma previne que o testador seja vítima de captações, dolo, fraude ou violência. A exigência da forma assegura a comprovação da última vontade do testador. E, por fim, a forma possibilita a execução da vontade testamentária. Acrescenta-se a função existencial, a permitir a autonomia do testador “para além de qualquer preconceito, discriminação aprisionamento psicológico, temor

---

* Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente da Comissão de Direito de Órfãos e Sucessões da OAB/RJ. Advogada e Mediadora.

[1] A respeito dos efeitos post mortem das situações jurídicas existenciais, consulte-se TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do Direito Civil**, vol. 7. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13 e ss.

ou restrição que lhe tenham sido impostos em vida"[2]. As formas ordinárias de testamento são aquelas que devem ser utilizadas no dia a dia, isto é, cujas circunstâncias são as normais do cotidiano. São testamentos ordinários: o testamento público, o cerrado e o particular, previstos taxativamente na lei civil.

O testamento público é aquele realizado perante tabelião ou seu substituto, lançado em seu livro de notas. Os requisitos essenciais para a validade do testamento público estão previstos no art. 1.864 do Código Civil: i) declaração (língua nacional) do testador na presença de duas testemunhas; ii) escrito (manualmente ou mecanicamente) por tabelião ou por seu substituto em seu livro de notas; iii) depois de escrito, será lido pelo tabelião ou pelo testador, sempre presentes as testemunhas, além do tabelião e testador, devendo todos assinar o testamento ao final. Pode haver assinatura a rogo (assinar o próprio nome, a pedido e em lugar de outrem), se o testador não souber ou não puder fazê-lo. Tudo isso em ato contínuo. São formalidades extrínsecas. A feitura do testamento deve ser pautada pela unidade, com a reunião e a presença simultânea do tabelião, do testador e das testemunhas, do início ao fim da solenidade, sem qualquer interrupção. Por isso, a expressão "a um só tempo", prevista no inciso II do art. 1.864 do Código Civil, para evitar que o ato testamentário seja realizado de forma fracionada. A falta de qualquer das formalidades extrínsecas acarreta a nulidade do testamento. É o caso, por exemplo, de testamento lançado a termo sem a presença de todas as testemunhas que apenas comparecem ao final (STJ, RESP 34420, 4ª T., Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 22.05.1995; STJ, RESP 294691, 3ª T., Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 13.03.2001).

Por ser ato público, sabe-se da existência por meio de certidão em nome do testador no Ofício de Registro de Distribuição que apontará o Ofício de Notas, livros, folhas, data da lavratura do ato e qualquer

---

[2] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do Direito Civil**, vol. 7., cit., p. 128.

pessoa terá acesso ao conteúdo do mesmo, mediante pedido expresso após a morte do testador. A publicidade, porém, estaria mais completa se fosse permitido conhecer do teor do testamento, mesmo em vida do testador. Entretanto, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a Corregedoria de Justiça condicionou a expedição de certidões dos testamentos lavrados à autorização do testador.

O testamento cerrado consiste naquele escrito em carta sigilada, pelo próprio punho do testador, ou por outra pessoa a seu rogo, e completado com o instrumento de aprovação feito pelo oficial público. O testamento cerrado tem seu conteúdo guardado para o testador ou quem o tenha escrito a seu rogo, porque fechado pelo tabelião e só aberto após a morte do testador, sem qualquer registro do seu conteúdo no livro de notas. O segredo acerca das suas disposições continua a ser a principal vantagem do testamento cerrado, mas não é requisito de validade do mesmo. Registre-se, ainda, que a facção do testamento cerrado se completa com o auto de aprovação realizado pelo tabelião ou seu substituto e não qualquer oficial público. Assim, o testamento cerrado se realiza em dois atos distintos: i) pela feitura da cédula testamentária pelo testador, de natureza particular; ii) pelo auto de aprovação feito pelo tabelião, de natureza pública. Considera-se feito o testamento no cerramento, operação final após concluir o auto de aprovação, sendo este o momento de verificar a capacidade testamentária ativa.

Constituem requisitos da cédula (CC, art. 1.886, *caput* e parágrafo único, art. 1.871): i) ser escrita pelo testador, manualmente ou mecanicamente, em língua nacional ou estrangeira, ou por outra pessoa a seu rogo; ii) assinatura do testador; iii) não sabendo, ou não podendo assinar, deve ser assinado a rogo pela pessoa que o escreveu. Não é requisito essencial que conste na cédula o nome da pessoa que escreveu o testamento (STJ, RESP 228, 3ª T. Rel. Min. Athos Carneiro, julg. 14.08.1989). Sendo escrito mecanicamente, exige a lei que seja numerado e autenticado pelo subscritor, em todas as páginas. Cabe observar que a natureza particular da cédula testamentária permite que

seja feita em língua estrangeira, mas o idioma deve ser conhecido do testador, para evitar suspeita de captação da vontade, se escrito a rogo[3]. Para execução, entretanto, deverá ser traduzido para a língua nacional, por tradutor juramentado (CPC, art. 157; CC, art. 224).

O auto de aprovação também possui requisitos legais(CC, art. 1.868, I a IV, art. 1.869): i) o testador deve entregar a cédula ao tabelião na presença de duas testemunhas, que continuam presentes até o final do ato; ii) declaração de que é seu testamento, requerendo a sua aprovação; iii) ato contínuo, o auto de aprovação iniciará logo após a última palavra da cédula; iv) se não houver espaço, o tabelião deve colocar o sinal público e assim o declarar no auto de aprovação; v) esse auto deve ser lido pelo tabelião e assinado por este, testemunhas e testador, se souber e puder; vi) uma das testemunhas assinará a rogo, se o testador não souber ou não puder fazê-lo; vii) o tabelião então juntará a cédula ao auto de aprovação (se feito em folha separada) e os colocará dentro de um invólucro que depois coserá, lacrando, a seguir, os pontos da costura. A nuncupação, ou seja, a entrega da cédula testamentária ao tabelião, é "ato pessoal e intransferível, que requer, ademais, a declaração, espontânea ou provocada, de que o documento passado às mãos do oficial é seu testamento, que quer seja aprovado e, segundo a praxe, o tem por bom e valioso"[4]. Desse modo, ainda que escrito a rogo, cabe ao próprio testador prosseguir com o ato e requerer a sua aprovação. A falta de qualquer das formalidades extrínsecas, seja da cédula, seja do auto de aprovação, acarreta a nulidade do testamento. Entretanto, há precedente no sentido da flexibilização do rigor da forma, entendendo que a falta de assinatura do testador no auto de aprovação é irregularidade insuficiente para causar a invalidade do ato, inexistindo qualquer impugnação à manifestação da vontade, com a efetiva entrega do documento ao oficial, tudo confirmado

---

[3] PEREIRA, Caio Mario da Silva**. Instituições de Direito Civil**, vol. VI. 18ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 217.

[4] GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 117.

na presença das testemunhas numerarias (STJ, RESP 223799, 4ª. T., Ruy Rosado de Aguiar, julg. 18.11.1999). Diversamente, em outro caso, decidiu-se pela invalidade do testamento cerrado pela falta de assinatura do testador, mas se justificava porque o testamento foi datilografado por sobrinha do testador que figurava entre os herdeiros, maculando o ato testamentário (STJ, RESP 163617, 3ª T. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 07.10.1999). Está inabilitado quem não sabe ou não pode ler (CC, art. 1.872), situação que deve persistir até a lavratura do auto de aprovação. O mudo é habilitado, desde que escreva-o todo e assine-o e, ainda, ao entregá-lo, escreva que aquele é seu testamento, bem como a requisição de aprovação (CC, art. 1.873).

A abertura do testamento cerrado ocorre por ato judicial (CC, art. 1.875). Isto porque o testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado (CC, art. 1.972). A abertura é o primeiro ato processual para a determinação do cumprimento do testamento cerrado (CPC, art. 735). Assim, requer-se a abertura do testamento que será realizada em audiência marcada especialmente para ser aberto e lido o testamento cerrado, o qual poderá ser apresentado previamente ou por ocasião da audiência. Após a vista do Ministério Público, decide o juiz determinando o cumprimento e nomeando testamenteiro. Cabe observar que não é este o momento apropriado para discussões relativas ao conteúdo do testamento, mas apenas se verifica a existência de vícios externos.

Mesmo durante a pandemia do COVID-19, em tese, o testamento público e o cerrado continuaram a ser viáveis, pois a atividade notarial não foi suspensa. Entretanto, a exigência de reunião com o tabelião e testemunhas contraria a orientação de distanciamento social. Em certos casos, considerando o enquadramento no grupo risco das pessoas envolvidas, a reunião para atender as formalidades testamentárias não seria recomendável e até proibitiva. O Provimento n° 100/2020 do Conselho Nacional da Justiça possibilita a realização de atos notariais eletrônicos, o que facilitaria a realização dessas formas

testamentárias em meio ao novo coronavírus, por permitir a sua realização por presença eletrônica. O testamento por meio eletrônico requer preparo tecnológico prévio, eis que todos os participantes devem possuir certificado digital, o que não é algo generalizado no Brasil, muito embora em plena Revolução 4.0. As exigências para atender às necessidades de segurança, portanto, podem inviabilizar o acesso desse formato de ato notarial para feitura de testamentos durante a pandemia. De todo modo, atendendo aos cuidados para garantir as funções da formalidade testamentária, os meios eletrônicos são importantes para melhor adequação à Sociedade 4.0. Não somente na pandemia, mas, também no pós COVID-19.

Além dessas formas ordinárias, há o testamento particular ou hológrafo, escrito pelo próprio testador, com a participação de três testemunhas, datado e por todos assinado. Não há participação do tabelião em nenhum momento. São requisitos essenciais de validade do testamento particular: i) a autografia da cédula; ii) sua leitura às testemunhas; iii) as assinaturas do testador e das testemunhas[5]. O testamento particular será escrito, manual ou mecanicamente, em língua nacional ou estrangeira (CC, art. 1.880). Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever. Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão (CC, art. 1.876).

Apesar de a doutrina colocar a autografia como requisito essencial do testamento particular, o Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a regra ao aceitar o testamento ditado pelo testador e por ele subscrito (STJ, RESP 21026, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 19.04.1994; STJ, RESP 89995, 3ª T. Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 01.04.1997). Note-se ainda que, embora seja obra pessoal do testador, "é

---

[5] GOMES, Orlando**. Sucessões**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 124.

possível a ajuda material de terceiro", para "socorrer ou auxiliar o testador na escrita"[6]. Vale ressaltar que acréscimos de mão alheia, aprovados pelo testador, que não modifiquem as disposições, mas, tão somente, as esclareçam, não tornam o testamento nulo, a exemplo de esclarecimentos quanto ao endereço, nome ou estado do beneficiário. A escrita do testamento pode ser feita em partes e a sua leitura perante as testemunhas ocorrer em momento posterior. De fato, sendo um ato isolado, a escrita do testamento pode ser feita dias, meses ou anos antes da sua leitura. Entretanto, quando da leitura do testamento, seguida da assinatura pelas testemunhas e pelo testador, essencial que haja unidade de contexto. Em situação excepcional, "o rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador*"* (STJ, RESP 1422, 3ª T., Rel. Min. Gueiros Leite, julg. 02.10.1990; STJ, RESP 828616, 3ª. T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 05.09.2006).

A exigência da leitura do testamento particular pelo testador às testemunhas suscita a questão a respeito de ser o testador mudo. Não há dispositivo legal vedando ao mudo testar, contudo há a previsão expressa no § 1º do art. 1.876 do Código Civil de que o testamento "seja lido (…) por quem o escreveu" e no § 2º do mesmo dispositivo de que "assinado pelo testador, depois de o ter lido". Em doutrina, de um lado entende-se pela impossibilidade jurídica dessa forma testamentária pelo mudo ou pelo surdo mudo, em virtude da exigência legal de leitura pelo próprio testador (CC, art. 1876)[7]. De outro, entende-se pela possibilidade de uso do testamento particular ao testador mudo (ou, pela mesma razão, àquele temporariamente impossibilitado de falar), considerando a ausência de norma proibitiva expressa[8].

Não é requisito essencial do testamento particular o reconhecimento das firmas do testador e das testemunhas. Entretanto,

---

[6] VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**, vol. 21. São Paulo: Saraiva, p. 129.
[7] *Ibdem*, p. 132.
[8] PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de Direito Civil**, vol. VI, cit., p. 223.

"pode representar uma cautela, um cuidado, pode conferir mais segurança ao ato"[9]. Também a data não foi mencionada como requisito essencial de validade, razão pela qual sua falta não pode acarretar a nulidade do testamento. No entanto, a menção da data no testamento é de grande valia e importância, por exemplo, para saber se o testador era, contemporaneamente, capaz; para que se possa inferir, ante dois testamentos da mesma pessoa, qual o anterior e qual o posterior, e eventual revogação; para que se possa atestar que houve superveniência de descendente sucessível do testador e o possível rompimento, etc[10]. O problema é menos sério com relação ao testamento público e cerrado, porque fica registrado no livro de notas a data.

Para eficácia do testamento particular, requer-se sua publicação. Sendo um documento particular, é necessário que ocorra publicação em juízo após a abertura da sucessão (CC, art. 1.877), com a observância das normas processuais (CPC, art. 737.). Depois de se tornar público aos interessados e ao Ministério Público, passa-se à confirmação do testamento. As testemunhas têm um papel fundamental, pois precisam confirmar o testamento, com a concordância a respeito do fato da disposição ou, pelo menos, da sua leitura perante elas e do reconhecimento das próprias assinaturas e do testador. A falta de tais testemunhas põe em risco a eficácia do testamento. Contudo o art. 1.878, parágrafo único, do Código Civil permite a confirmação se houver apenas uma das testemunhas e, a critério do juiz, existir prova suficiente da veracidade. Por esse motivo, recomenda-se a participação de um número maior de testemunhas no testamento, para que a sua eficácia não seja questionada pela falta de quem confirme o ato.

A simplicidade do testamento particular, que dispensa a atuação do tabelião, facilita sua realização em situação de distanciamento social. Contudo, será ainda um ato coletivo, em razão da exigência da presença das

[9] VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**, vol. 21., cit., p. 133.
[10] Nesse sentido, vide VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**, vol. 21., cit., p. 134.

testemunhas. A lei não faculta a presença eletrônica, de modo que o uso da tecnologia não será possível para a sua realização no formato *on line*, o que pode ser previsto em futuro próximo, desde que se faça uso de mecanismos de segurança da informática para a garantia da vontade testamentária.

Inovação trazida pelo art. 1.879 do Código Civil, em comparação à legislação anterior, é o testamento particular escrito de próprio punho, sem testemunhas. Trata-se de hipótese excepcional, declarada na cédula, que impossibilita a participação de testemunhas na sua feitura. Assim, o juiz poderá confirmar o testamento, mesmo sem testemunhas, se a circunstância descrita no testamento justificar sua falta. Exemplifica-se com a hipótese de o testador estar num prédio que se incendeia, escreve o testamento e o joga pela janela; está sem comunicação em local isolado; foi sequestrado e teme sua morte[11]; com a pessoa tomada de moléstia contagiosa, impedindo o contato com terceiros ou em local isolado por inundação ou outra intempérie[12]. A COVID-19 poderia ser uma situação excepcional a permitir o uso do testamento excepcional[13], especialmente se o testador está contaminado ou é do grupo de risco. Se a circunstância que justifica o uso dessa forma testamentária cessa, também o testamento perde a eficácia? O Enunciado n° 611 aprovado na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal interpretou o testamento circunstancial como limitado no tempo[14]. O legislador não definiu um prazo de eficácia da deixa, mas é recomendável que seja feito testamento ordinário se o testador não

---

[11] Vide VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**, vol. 21., cit., p. 145.

[12] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 240.

[13] Na mesma direção, NEVARES, Ana Luiza. Como testar em momento de pandemia e isolamento social? In NEVARES, Ana Luiza; XAVIER, Marilia Pedroso; MARGAZÃO, Silvia Felipe. **Coronavírus**: Impactos no Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Foco, 2020, p. 355.

[14] "O testamento hológrafo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá sua eficácia se, nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram a sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias".

morrer em decorrência da circunstância excepcional que o levou a testar sem testemunhas, tão logo seja decretado o fim da pandemia[15]. Desse modo, ainda que não previsto prazo de eficácia na lei, seria a orientação mais prudente para preservar a vontade testamentária.

Além das formas ordinárias, existem as formas especiais de testamento. A sua finalidade é permitir a disposição de última vontade em circunstâncias especiais que impossibilitam a feitura dos testamentos ordinários. O Código Civil reconhece três formas de testamentos especiais: o marítimo, o aeronáutico e o militar, e aqui serão analisadas as duas primeiras.

O testamento marítimo e aeronáutico são formas testamentárias a serem utilizadas em circunstâncias excepcionais, no curso de viagem, que se suponha o testador não ter oportunidade de testar pela forma ordinária. Na mesma seção, o legislador dispôs de ambas as formas, aproximando o seu regramento pelo fato de que a situação excepcional ocorre em viagem. Tanto tripulantes, quanto passageiros podem se valer dessas formas testamentárias que seguirão forma semelhante ao testamento público ou cerrado, na presença de duas testemunhas. O legislador não fornece maiores detalhes. A simplificação decorre do reduzido número de testemunhas e da função notarial que, para este fim, poderá ser exercida pelo comandante (testamento marítimo e aeronáutico) ou pessoa por ele designada (testamento aeronáutico). Tanto o testamento marítimo, quanto o aeronáutico, ficará sob a guarda do comandante, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, contra recibo averbado no diário de bordo (CC, art. 1.890).

Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu

---

[15] Muito embora se saiba que a pandemia não acaba por Decreto. Consulte-se, sobre o ponto, **PACHÁ**, Andrea. **Não é novo, nem normal**. Disponível em: oglobo.globo.com/opinião. Acesso em 27.06.2020.

desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento (CC, art. 1891). A caducidade está subordinada à possibilidade de ser feito testamento pela forma ordinária, o que não se configura no caso de o testador ter desembarcado, mas ter agravado seu estado de saúde, passando muitos meses em estado terminal, ou do testador que desembarcou, mas foi privado das faculdades mentais[16].

A pandemia do COVID-19 provocou o isolamento social de milhares de pessoas que estavam em navios, em viagem de férias. Nesse cenário, o testamento especial é nitidamente apropriado. Cabe, porém, ressaltar que a forma particular é sempre possível, e nesse caso, a o testamento particular circunstancial também. Novamente, a participação de testemunhas pode ser um óbice para o testamento especial e o particular ordinário, o que indica o testamento circunstancial como o mais viável nessa situação.

Outro instrumento importante, e nem tanto utilizado é o codicilo. Consiste em ato de disposição de última vontade no qual o outorgante determina providências sobre seu enterro, faz esmolas de pouca monta, lega bens de pequeno valor, nomeia ou substitui testamenteiros, entre outras providências. São requisitos essenciais a holografia e autografia (CC, art.1.881). Assim, considera-se codicilo o documento escrito, datado e assinado pelo testador, para disposição restrita com eficácia *post mortem*, sem a necessidade de testemunhas. Não há exigência para que seja o codicilo escrito de próprio punho, razão pela qual podem ser utilizados meios mecânicos. Se o codicilo estiver cerrado e cosido, será aberto da mesma forma que o testamento cerrado (CC, art. 1.885).

O objeto do codicilo é limitado ao disposto nos artigos 1.881 e 1.883 do Código Civil. Quanto às disposições não patrimoniais, contudo, são exemplificativas. Isto porque as disposições existenciais de última vontade não estão sujeitas à forma testamentária como

---

[16] VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**, vol. 21., cit., p. 170.

requisito de validade, o que se depreende da permissão para disposições dessa natureza, sem que a lei as tenha vinculado ao testamento, a exemplo da disposição sobre o corpo (CC, art. 14). Dados pessoais e perfis em redes sociais, sem expressão econômica, também podem ser inseridos em codicilo, por exemplo. Em relação às disposições patrimoniais, o legislador fixa um limite com base em conceitos indeterminados: “esmola de pouca monta”, “móveis, roupas ou joias de pouco valor”. Desse modo, “tal montante deve ser visto em relação a todo o patrimônio sucessório”[17], o que permite uma análise casuística submetida à análise do Judiciário. Para exemplificar, em determinado caso concreto, entendeu-se que codicilo no montante de R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) não tem amparo legal, porque destinado a valores inexpressivos (TJRJ, EInf. 0065706-15.2006.8.19.0001, 16ª. CC, Rel. Des. Duardo Gusmao Alves de Brito Neto, julg. 16.04.2013); enquanto que em outro caso entendeu-se nula a assinatura de testemunha em testamento que legava R$300.000,00 (trezentos mil reais), mas manteve a disposição de última vontade como codicilo, porque definição de pequeno valor, não é a mesma para todo o universo das pessoas (TJRJ, Ap. Cív. 0066887-61.2000.8.19.0001, 15ª CC, Des. Rel. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz, julg. 01.02.2006). Sendo o testador dono de grande fortuna, tal legado não poderia ser considerado de grande valor.

Um instrumento bastante útil e pouco referenciado, por ser atípico, consiste na carta de intenções. Trata-se de documento com forma livre e natureza de recomendação. Seu conteúdo pode constar em testamento ou codicilo, se existirem, ou pode ser declarado em documento separado. A vantagem de usar um termo próprio reside na informalidade, a permitir inclusive que seja feito de forma conjuntiva. Tal documento objetiva organizar as intenções no uso da herança, seguro de vida ou previdência em benefício de um terceiro, normalmente

---

[17] PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de Direito Civil**, vol. VI, cit., p. 249.

dependente do declarante, como filho menor ou incapaz, ou mesmo pais idosos, irmãos menores ou com necessidades especiais etc. Muitas vezes aquele que será responsável pela administração do patrimônio desconhece o planejamento presente ou futuro que existia e encontra muita dificuldade, no seu gerenciamento e realização de escolhas pessoais e patrimoniais sobre as quais nada se disse antes do óbito.

Todos esses instrumentos tem em comum a revogabilidade. São atos de eficácia *post mortem* e podem ser modificados a qualquer momento, desde que mantida a capacidade negocial. Se feitos na urgência do risco de morte, abranda a ciência de que podem ser revistos se necessário ou simplesmente por vontade do declarante. Assim, tais instrumentos precisam ser estimulados como exercício do planejamento familiar, não apenas sucessório. A COVID-19 pode ter lembrado a todos da morte, mas o que se pretende é garantir o direito dos que ficam. Uma chance para a mudança de cultura do *não pensar* para o *planejar o futuro post mortem.*

Capítulo 6 - Violência contra a mulher no âmbito das relações familiares

A INEFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA PARA A SITUAÇÃO DE PANDEMIA NO BRASIL

Acácia Gardênia Santos Lelis*

A situação de pandemia no Brasil que exigiu o isolamento social acarretou o aumento significativo de violência contra a mulher, fato identificado em nível bastante elevado nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo. Frente a esse significativo aumento da violência constatado por delegacias especializadas na maioria das cidades brasileiras, o presente trabalho visa analisar a eficácia da Lei Maria da Penha para coibir as diversas formas de violência contra a mulher em tempos de pandemia, a partir de diversos documentos oficiais disponíveis. Durante o período da pandemia o aumento significativo de denúncias de violências domésticas, chamou a atenção do estado e da sociedade para mais um flagelo social. Muitas vezes imperceptível na vida cotidiana de vizinhos, mas que em razão do isolamento social tornou-se evidente, provocando o aumento de denuncias desse tipo de violência.

Não serão abordadas de *per si* as diversas formas de violências contra a mulher, uma vez que esse estudo pretende tão somente analisar os dados da violência baseados em denuncias, que ressaltam o aumento da violência durante a pandemia do Covid-19, que evidenciem a prática de crimes de violência em razão do gênero. Assim, somente a violência contra a mulher identificada nas denuncias contabilizadas durante a pandemia, será objeto de análise desse trabalho, àquela que evidencie ter como causa o confinamento social, que se mostre distinta da violência praticada em momento não pandêmico.

---

* Advogada, Doutora em Direito pela linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela UNESA (RJ); Presidente Estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/SE).

A violência contra a mulher e contra crianças durante o momento pandêmico mostra-se de forma peculiar, diversa daquela cometida em momento não pandêmico, em razão do confinamento social, que priva a mulher do convívio com pessoas além do seu núcleo familiar, e estabelece um convívio exacerbado com o agressor, sem espaço para a busca de socorro ao mundo externo. É nesse contexto que o presente estudo pretende identificar a efetivação da Lei Maria da Penha, como instrumento capaz de proteger a mulher da violência doméstica, superando as dificuldades materiais e operacionais em decorrência do isolamento social. Tais dificuldades são resultantes não só da ausência de condições que permita o pedido de socorro da vítima, mas também o acesso e funcionamento do sistema de justiça e das delegacias especializadas de violência contra a mulher.

Antes de adentrarmos propriamente nos relatos de violência contra a mulher no período da pandemia, faz-se necessário conhecer a condição da mulher na sociedade contemporânea, resultante de um legado histórico de uma sociedade patriarcal. Destaca-se inicialmente a condição da mulher no Código Civil de 1916, que sua redação original posicionava a mulher em condição de completa submissão ao marido, em condição de inferioridade, considerada incapaz civilmente, condição essa relatada por Zélia Pinho Rezende em seu depoimento junto a Comissão Parlamentar de Inquérito, ao afirmar que:

> O nosso código era uma aberração. A mulher casada ficava inteiramente sob o poder do marido. Passava a relativamente incapaz, em pior situação do que os índios, do que os menores, porque os menores, à medida em que eles iam ganhando a idade, tornavam-se emancipados. Os silvícolas, a que as mulheres casadas eram equiparadas, à medida que fossem se integrando à civilização tornavam-se emancipados: a mulher casada nunca. (BRASIL, CPI/1977, 7ª Reunião, p. 795).

Essa condição da mulher estabelecida pela redação original do Código Civil de 1916 foi alterada posteriormente pelo Estatuto da Mulher casada, Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Várias outras normas foram editadas a nível internacional e nacional, com o propósito de instituir a igualdade de direitos entre homens e mulheres, como exemplo a Convenção Sobre Eliminação da Discriminação contra a mulher, conhecida como CEDAW, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. A Convenção CEDAW, que é um tratado de direitos humanos requer que os países que a ratifiquem assegurem às mulheres o igual reconhecimento, exercício e gozo dos direitos humanos, sem que se verifiquem situações de discriminação com base no simples fato de serem mulheres.

A Convenção Sobre Eliminação da Discriminação contra a mulher é um dos tratados internacionais com maior adesão pelos Estados, perdendo tão somente em números para a Convenção Internacional sobre os direitos da Criança, que possui mais de 190 países que o ratificaram. No entanto, paradoxalmente, segundo Piovesan (2016), é a norma internacional com maior número de reservas formulados pelos Estados. Segundo a autora, as reservas concentraram-se na cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres na família. Sobre a reserva, afirma a autora:

> Tais reservas foram justificadas com base em argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal, havendo países (como Bangladesh e Egito) que acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de praticar “imperialismo cultural e intolerância religiosa”, ao impor-lhes a visão de igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família. Isso reforça o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre o espaço público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família. (PIOVESAN, 2016, p. 286/287).

Isso denota que a instituição da igualdade por força de lei esbarra em questões culturais, em especial quando se trata de igualdade nas relações privadas, visto que essa ainda é fundada pela desigualdade sexista estabelecida pelo sistema patriarcal. O Brasil, que incialmente também estabeleceu reservas nesse sentido, acabou por adotar a igualdade com vistas à eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em decorrência do estabelecido na Constituição Federal de 1988, que adotou como principio a igualdade, independente do sexo.

Essa igualdade entre os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza estabelecida pela Constituição de 1988, em verdade já era declarada nas Constituições anteriores, porém a interpretação que se dava não assegurava a igualdade que incluísse as mulheres. Para que essa igualdade se estendesse às mulheres, segundo Zélia Rezende, foi necessário o parecer de Ruy Barbosa declarando que cidadão brasileiro era homem e mulher, que cidadão não era só homem (Brasil, CPI/1978, p. 795).

Feitas tais análises preliminares, constata-se que apesar das inovações legislativas, a igualdade ficou no campo formal, e essa até a presente data na prática não se efetivou. Paulatinamente foi reconhecido à mulher o direito de exercer todas as atividades na esfera pública e privada, porém, não ganhou de imediato o reconhecimento social de sua condição de igualdade em relação ao homem.

É a partir dessa perspectiva de desigualdade sexista que se mostra perene na sociedade, que o presente estudo passa a analisar a situação de violência contra a mulher durante a pandemia e os instrumentos para o seu enfretamento.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), através da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH), constatou que a média diária entre os dias 1 e 16 de março foi de 3.045 ligações recebidas e 829 denúncias registradas, contra 3.303 ligações recebidas e 978 denúncias registradas entre 17 e 25 deste mês.

No entanto, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública houve um aumento significativo de violência contra a mulher em todo o

país durante a pandemia, e de forma reversa constatou-se uma redução do número de denúncias no período, conforme se vê abaixo:

> Uma das consequências diretas dessa situação, além do aumento dos casos de violência, tem sido a diminuição das denúncias, uma vez que em função do isolamento muitas mulheres não têm conseguido sair de casa para fazê-la ou têm medo de realizá-la pela aproximação do parceiro. Na Itália, por exemplo, país que apresenta uma das situações mais críticas na pandemia de coronavírus e que se encontra em quarentena desde o dia 09 de março deste ano, foi registrada queda de 43% das denúncias/ocorrências de crimes domésticos em seu território. De acordo com dados oficiais divulgados pelo comitê parlamentar de violência contra mulheres, os relatórios da polícia sobre abuso doméstico caíram para 652 nos primeiros 22 dias de março, comparado a 1.157 no mesmo período de 2019. Também a maior linha de apoio à violência doméstica do país, o Telefone Rosa, afirmou que as ligações caíram 55% desde o princípio do isolamento: foram apenas 496 chamadas nas duas primeiras semanas de março, onde antes eram 1.104 no mesmo período do ano passado. (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020, p. 2).

Essa queda no número de denúncias por qualquer meio é um sinal de que as mulheres vítimas de violências estão confinadas com seus agressores, e sem condições de denunciá-los. Os dados acima se mostram coesos, uma vez que a denúncia de violência através do canal 180 é um meio comumente utilizado por vizinhos que não pretendem se envolver pessoalmente no caso, e o fazem de forma anônima. De outro lado, as vítimas por si mesmas, têm dificuldade de comunicação, acesso ao mundo externo ao ambiente doméstico, o que reflete na diminuição do índice de denúncias perante as delegacias especializadas em algumas localidades do país. Muitas mulheres são privadas do uso de celulares, redes sociais, impedindo o contato com parentes, amigos e quaisquer pessoas que pudesse lhes dar socorro.

No entanto, a diminuição no número de denúncias perante delegacias especializadas não se mostrou da mesma forma em todos os estados brasileiros. No Estado de Sergipe, diferentemente da maioria dos estados brasileiros, percebeu-se uma diminuição em Boletins de Ocorrência e de medidas protetivas, no percentual de 29,9 %, conforme se vê nas informações abaixo:

> A comparação será feita entre 02 períodos, quais sejam, ABRIL/2019 com ABRIL/2020, e MARÇO/2020 com ABRIL/2020, salientando que MARÇO/2020 teve 31 dias e ABRIL/2020 teve 30 dias de duração, e as medidas restritivas de combate ao COVID-19 tiveram como 1º dia útil de vigência a data de 18/03/2020, conforme Decreto Estadual 40.560/2020.
> APF QTD
> ABRIL/2019 47
> ABRIL/2020 41
> (...)
> MEDIDAS PROTETIVAS QTD
> MARÇO/2020 58
> ABRIL/2020 44
> (...)
> TOC QTD
> ABRIL/2019 5
> ABRIL/2020 3
> (...)
> COMPARAÇÃO DE PROCEDIMENTOS LAVRADOS (APF, MP e TOC) ABRIL/2019 x ABRIL/2020 QTD
> ABRIL/2019 141
> ABRIL/2020 88
> (SSP/SE, CEACrim, 2020)

A delegada Ana Carolina Machado, em entrevista ao Jornal da Cidade Net, publicado em 05 de junho de 2020 afirmou que:

> De acordo com a análise dos dados fornecidos pelo CEACrim, podemos constatar que esse momento peculiar em que vivemos, que é o momento que a gente precisa se proteger da Covid, também é o momento que exige o isolamento social de muitas pessoas, principalmente das

> mulheres, que hoje se encontram num ambiente estressor, com o desencadeamento de alguns fatores de risco e que colocam essas mulheres numa situação maior de vulnerabilidade. Por isso queremos dizer às mulheres que a Polícia Civil, a Polícia Militar e a Secretaria de Segurança Pública estão nas ruas 24 horas para proteger você. Você não está só. A nossa missão é proteger você, denuncie. (JORNAL DA CIDADE NET, 2020).

Frente a realidade predominante na maioria dos estados brasileiros, que segundo os dados acima não foi identificada no Estado de Sergipe, a advogada que atua na área no Estado de Sergipe, Valdilene Martins, afirmou na mesma reportagem do Jornal da Cidade Net, que a realidade de Sergipe amolda-se a dos outros estados brasileiros, ao afirmar:

> No meu ponto de vista, a situação de Sergipe não é diferente da situação dos outros estados do Brasil. Infelizmente, o nosso país ocupa o quinto lugar no ranking dos que mais matam mulheres pelo simples fato de ser mulher. A violência doméstica e familiar é uma pandemia também, porque ela está em todos os países do mundo, de forma mais ou menos gravosa, a depender da cultura daquele país. Aqui, infelizmente, essa cultura é muito naturalizada. (JORNAL DA CIDADE NET, 2020).

Frente a essas inconsistências ou realidade tergiversada, como também verificada em situações em que os instrumentos existentes não se mostraram suficientes para os problemas que emergiram durante a pandemia, várias campanhas foram surgindo com vistas a dar suporte à mulher vítima de violência, a exemplo da campanha Sinal Vermelho para a Violência Doméstica, lançada no dia 10 de junho pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

As campanhas criadas durante a pandemia, por instituições públicas e privadas, com o objetivo de instruir vítimas de violência doméstica a buscarem ajuda visam suprir as necessidades identificadas

durante a pandemia, em decorrência do isolamento social. Se essas surtiram ou surtirão efeito somente o tempo poderá responder.

Em âmbito internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), instou os Estados a incorporar uma perspectiva de gênero nas respostas a crise do COVID-19 e no combate à violência sexual e intrafamiliar, bem como à discriminação que afeta as mulheres nesse contexto. A Comissão Interamericana editou a Recomendação 1/2020, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, por reconhecer que a pandemia do COVID-19 pode afetar gravemente a plena vigência dos direitos humanos da população em virtude dos sérios riscos para vida, a saúde e integridade pessoal, em especial grupos em situação de especial vulnerabilidade. Visando assegurar os direitos humanos das mulheres, recomenda:

> 1. Incorporar a perspectiva de gênero a partir de uma abordagem interseccional em todas as respostas do Estado para conter a pandemia, levando em consideração os diferentes contextos e condições que potencializam a vulnerabilidade à qual as mulheres estão expostas, como a vulnerabilidade econômica, a idade, a condição de migrante, a deficiência física, a privação de liberdade, a origem étnico-racial, a orientação sexual, identidade e/ ou a expressão de gênero, entre outros.
> 2. Reformular os mecanismos tradicionais de resposta à violência de gênero, adotando canais alternativos de comunicação e linhas de atendimento de emergência, além de promover o fortalecimento das redes comunitárias, com a finalidade de expandir os meios de comunicação e proteção nos países da região durante o período de confinamento e restrição à mobilidade. Da mesma forma, garantir a disponibilidade de abrigos para mulheres vítimas de violência doméstica, nos quais existam condições para adotar medidas de prevenção do contágio.
> 3. Desenvolver protocolos de atendimento e fortalecimento da capacidade dos agentes de segurança e agentes da justiça envolvidos na investigação e punição de atos de violência doméstica, bem como realizar a

> distribuição de materiais de orientação sobre o tratamento desses casos em todos os casos. instituições estatais.
> 4. Garantir a disponibilidade e continuidade dos serviços de saúde sexual e reprodutiva durante a crise da pandemia, aumentando, em particular, medidas para uma educação sexual abrangente e a disseminação de informações em mídias acessíveis e com linguagem adequada, a fim de alcançar as mulheres em sua diversidade.
> 5. Fortalecer as políticas de segurança alimentar e as redes de proteção social com uma perspectiva de gênero, incluindo políticas de renda mínima e prestação de serviços de saúde que se enfocados nas necessidades específicas dessas mulheres no combate à crise gerada pelo COVID-19.

Pode-se afirmar, que algumas das referidas recomendações foram incorporadas e integradas as ações governamentais visando assegurar a proteção às mulheres, em especial àquelas em situação de vulnerabilidade social. Entretanto, percebe-se que as medidas adotadas até a presente data são medidas paliativas e imediatistas, sem o devido planejamento e conhecimento de suas interfaces, decorrente inclusive da situação original. As recomendações da Comissão Interamericana mostram-se de conteúdo abrangente, quando trata o tema da violência contra a mulher em sua plenitude, perpassando questões culturais, econômicas e sociais, de caráter também emergencial, mas que podem e devem ser aplicados de forma perene.

A proteção à saúde e integridade física da mulher deve se dá permanentemente, e para tal, fazem-se necessários instrumentos legais que sejam atemporais e que contemple amplamente circunstancias pouco previsíveis, mas passiveis de ocorrer. A situação de desigualdade da mulher na sociedade é o motivo ensejador para que essa violência ocorra, e se em momento pandêmico ela se acentuou, deve-se ao fato de acentuada desigualdade. Fernandes (2015, p. 41) afirma que "A igualdade entre homens e mulheres somente tem efetividade, assim, se reconhecida a posição jurídica de cada um e se houver instrumentos de tutela que permitam a realização prática dessa igualdade".

Por tais razões, conclui-se que a Lei Maria da Penha, que objetiva o enfretamento a violência doméstica e familiar contra a mulher mostra-se ineficaz frente à situação da pandemia do COVID-19. A ineficácia da norma é patente frente a total ausência de previsibilidade da situação pandêmica ou a ela assemelhada, demandando destarte, a criação de mecanismos auxiliares e suplementares, tais como as campanhas que instruam as vítimas a agirem em tais circunstâncias e ainda criação de medidas que atendam as recomendações editadas na Resolução 1/2020 da CIDH.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Sinal Vermelho: CNJ lança campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica na pandemia**. Disponível em https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/. Acesso em 01 de julho de 2020.

BRASIL, Senado Federal. **Comissão Parlamentar de Inquérito da Mulher**. Vol. 2. 1978.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW**), assinada na Assembleia Geral das Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York, em 18 de dezembro de 1979. Legislação da Mulher, 4. ed. Brasília, DF, Edições Câmara. 2011.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Pe há: O Processo Penal no Caminho da Efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Nota Técnica. **Violência Doméstica Durante a Pandemia de Covid-19. 16 de abril**

de 2020. Disponível em : <https://www.violencia contra a mulher na pandemia forum brasileiro de segurança publica. Acesso em 01 de julho de 2020.

______. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 01 de julho de 2020.

______. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em 01 de julho de 2020.

JORNAL DA CIDADE NET. **Sergipe reduz em 29,9% violência contra a mulher**: Apesar disso, especialista afirma que a situação por aqui não é tão diferente do resto do País. Disponível em http://www.jornaldacidade.net/cidades/2020/06/317954/sergipe-reduz-em-299-violencia-contra-a-mulher.html. Acesso em 01 de julho de 2020.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Coronavírus**: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena. Acesso em 01 de julho de 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **A CIDH faz um chamado aos Estados a incorporar a perspectiva de gênero na resposta à pandemia do COVID-19 e a combater a violência sexual e intra-familiar neste contexto**. 2020. Disponível em

https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/074.asp. Acesso 01 de julho de 2020.

______. **Resolução 1/2020**: PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020). Disponível em http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf. Acesso em 01 de julho de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA, CONSIDERANDO SEUS EFEITOS REFERENTES AO AFASTAMENTO SOCIAL E NAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DA SOCIEDADE, QUAIS OS SEUS IMPACTOS EM MEDIDAS DE PROTEÇÃO DISPOSTAS NA LEI MARIA DA PENHA, NOTADAMENTE EM SEUS ARTIGOS 20, PRISÃO PREVENTIVA DO AGRESSOR, E 22, PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS?

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa*
Maria Roseli Candido Costa*

Apesar de tardiamente aprovada – o Brasil foi apenas o 18º país da América Latina a legislar sobre matéria que envolvesse a proteção da mulher – a lei 11.340/2006 é considerada por especialistas como um marco na luta pela igualdade de gênero[1]. Com efeito, a Lei reúne medidas de proteção à vítima ao mesmo tempo em que disciplina a punição do agressor, estando em sintonia com os princípios da Constituição Federal de 1988, ao passo que busca concretizar, nas relações familiares, os princípios da igualdade, dignidade, garantia da integridade física e psíquica, entre outros.

É certo que os princípios constitucionais supracitados já existiam formalmente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido, inclusive,

---

* Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora da Universidade Federal da Paraíba. Membro do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil – IBERC.
* Graduada pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogada e árbitra. Especialista em Direito Societário e Contratual. Atua em casos de família como advogada *pro bono* para mulheres de baixa renda.
[1] FERNANDES, Maria da Penha Maia. História da criação da Lei Federal no 11.340/2006 batizada Lei Maria da Penha. In: SEIXAS, Maria Rita D'Angelo; DIAS, Maria Luiza. *A violência doméstica e a cultura da paz*. 1. ed. - São Paulo: Santos, 2013.

consagrados na Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã. Todavia, a consagração formal não significava garantia de efetividade para mulheres em situação de risco, devendo-se concordar com Guimarães e Pedroza quando elas afirmam que inexistia, no Brasil, antes da promulgação da Lei Maria da Penha, uma legislação eficiente para o enfrentamento das complexidades da violência contra a mulher[2].

Por muito tempo, "os limites do privado legitimaram ou ignoraram a gravidade das violências sofridas por mulheres, ilustradas por mitos populares como o em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher"[3]. Guimarães e Pedroza citam pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo em 2001 cujos resultados apontavam que 43% das mulheres entrevistadas já haviam sofrido alguma violência de gênero, deste contingente, em 70% dos casos, a agressão foi realizada por parceiro com quem tinham ou tiveram relação de conjugalidade[4].

Os números expostos na pesquisa demonstravam a necessidade de se criar um sistema de proteção mais efetivo, que contemplasse remédios que atendessem as peculiaridades das agressões sofridas pelas mulheres no âmbito doméstico e familiar. Porém, mesmo diante desse contexto de violência, a Lei 11.340/2006 só foi aprovada depois de pressões internacionais. A história vivida por Maria da Penha Maia Fernandes foi determinante para a criação de um sistema de proteção específico para vítimas de violência doméstica.

Após a tentativa de assassinato sofrida em 1983, que lhe deixou paraplégica, Maria da Penha voltou a conviver com o agressor, sendo

---

[2] GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira (2015). Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. In: *Revista Psicologia & Sociedade*, *27*(2), 256-266.
[3] Idem.
[4] Idem.

mantida em cárcere privado e vindo a sofrer nova tentativa de assassinato, desta vez por eletrocussão durante o banho. Segundo Fernandes[5]:

> Depois da descoberta pela Secretaria de Segurança de que o autor do disparo contra a minha pessoa tinha sido o meu próprio marido, por meio de simulação de assalto, e posteriormente por meio de um chuveiro elétrico proposita- damente danificado, iniciei minha luta por Justiça, que demorou 19 anos e seis meses para acontecer (faltavam seis meses para o crime prescrever).

O caso de Maria da Penha chegou até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cuja atuação foi fundamental para criação do sistema protetivo. A CIDH afirmou que o sistema brasileiro tolerava abusos sofridos por mulheres, o que contribuía para perpetuar os fatores históricos, psicológicos e sociais que impulsionavam a violência doméstica e familiar contra a mulher[6]. Com efeito, não se percebia uma vontade efetiva do Estado em punir os agressores.

O Estado brasileiro foi denunciado à CIDH/OEA em 1998. Em 2001, após receber 04 (quatro) ofícios desta Comissão e, ainda assim, permanecer em silêncio, o país foi penalizado por ser negligente e tolerante em relação às vítimas de violência doméstica. Entre as recomendações da CIDH, estavam várias ações para prevenir e erradicar a discriminação e a violência contra a mulher, bem como reparar Maria da Penha Fernandes tanto material como simbolicamente[7], motivo pelo qual ela foi indenizada pelo estado do Ceará, onde os fatos ocorreram e

---

[5] FERNANDES, Maria da Penha Maia. História da criação da Lei Federal no 11.340/2006 batizada Lei Maria da Penha. In: SEIXAS, Maria Rita D'Angelo; DIAS, Maria Luiza. *A violência doméstica e a cultura da paz*. 1. ed. - São Paulo: Santos, 2013. p. 02.

[6] Idem, p. 03.

[7] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório n. 54/01*, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 27 junho de 2020.

cujo sistema se demonstrou insuficiente para proteger a vítima, e foi homenageada pelo governo federal, que batizou a lei em seu nome[8].

Dessa maneira, a lei Maria da Penha definiu como violência doméstica contra a mulher qualquer ação ou omissão em razão do gênero, que lhe cause morte, lesão ou sofrimento nos seguintes termos:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A Lei Maria da Penha trouxe uma série de inovações para tratar a violência doméstica e familiar contra a mulher, atuando nos eixos da criminalização das práticas nocivas, apoio às vítimas e prevenção ao que se pode chamar de, conforme sugerem Coelho, Silva e Caponi, de "violências domésticas"[9], uma vez que, conforme disciplina a Lei 11.340/2006, em seu art. 7º, as agressões podem ocorrer de 05 (cinco) formas: física, psicológica,

---

[8] Instituto Maria da Penha. *Quem é Maria da Penha*. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html. Acesso em 29 de junho de 2020.

[9] SILVA, Luciana Lemos da; COELHO, Elza Berger S.; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo. Violência Silenciosa: violência psicológica com condição da violência física doméstica. In: *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, v.11, n.21, p.93-103, jan/abr 2007.

sexual, patrimonial e moral, sendo estas duas últimas modalidades inovações trazidas pela Lei.

Entre os agressores estão maridos, companheiros, namorados atuais ou do passado. A violência geralmente começa de forma lenta e silenciosa, mas rapidamente progride em intensidade e, consequentemente, gravidade. Geralmente o autor das agressões não inicia com violência física, mas com constrangimento e humilhações de modo a abalar a autoestima da vítima para que suporte em silêncio as dores físicas[10].

Embora já exista um sistema de proteção e lei que criminaliza a violência e estabelece um sistema de apoio e prevenção, os índices ainda continuam altos. De acordo com Fernandes[11]:

> No mundo todo, uma de cada três mulheres é vítima de violência doméstica ao longo de sua vida*, independente da classe social, religião ou etnia. A violência doméstica é a maior causa-morte de mulheres de 16 a 44 anos, superando doenças como o câncer e acidentes de carro.
> É por estas e outras razões que nós mulheres não aceitamos retroceder um milí- metro sequer na Lei Maria da Penha. Estamos a postos, prontas para intervir a qualquer sinal de ameaça [...]

Durante a pandemia foi decretado o isolamento social com o finco principal de tentar barrar a disseminação do Covid 19. Entretanto, ao mesmo tempo que é a solução, também é o gatilho para a violência doméstica.

O isolamento social pode decorrer de várias situações tais como imposição de autoridades públicas originada de violência ou de pandemias, de doenças psiquiátricas, por motivos advindos de religião, de depressão ou até por vontade própria. De qualquer forma,

---

[10] Idem.

[11] FERNANDES, Maria da Penha Maia. História da criação da Lei Federal no 11.340/2006 batizada Lei Maria da Penha. In: SEIXAS, Maria Rita D'Angelo; DIAS, Maria Luiza. *A violência doméstica e a cultura da paz*. 1. ed. - São Paulo: Santos, 2013. p. 02.

independentemente de sua origem, poderá causar graves prejuízos ao indivíduo que se encontra nesta situação, principalmente em relação ao estado mental.

Apesar do conceito de isolamento definido em nossos dicionários, isso não significa dizer que o indivíduo estará realmente isolado. No caso da pandemia, que é o objetivo do presente artigo, ao falar em isolamento, as famílias, em sua maioria, estão isoladas de amigos, parentes, porém, não daqueles que estão sob o mesmo teto.

De fato, concorda-se com Fernandes quando ela afirma que é preciso insistir no cumprimento da Lei Maria da Pena em sua integralidade, não se admitindo flexibilização, principalmente neste momento de distanciamento social provocado pela pandemia do Covid-19. No mesmo sentido, Vieira, Garcia e Maciael[12] apontam preocupação com o aumento de alguns indicadores de violência doméstica e familiar contra a mulher, afirmando, com propriedade, que as medidas de enfrentamento a serem adotadas não podem se restringir ao acolhimento das denúncias.

Se em muitas famílias já é difícil a convivência sem violência em um curto período de tempo, imagine a convivência vinte e quatro horas durante sete dias da semana em meses: quem não mata será morto; quem não bate apanhará ou todos serão mortos e todos apanharão. Triste realidade a que se vive durante o isolamento social imposto em decorrência do Covid 19.

E a violência contra a mulher? Quantas sofrem caladas porque têm medo de morrer ou não tem aonde ir ou, ainda, sentem-se constrangidas de expor aos familiares e amigos que fez uma escolha errada quanto ao parceiro? Só aquele(a) que não tem empatia não

---

[12] VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor. Isolamento social e o aumento da violência: o que isso nos revela? In: *Rev. bras. epidemiol.* Rio de Janeiro, v. 23, e200033, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000100201&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25/06/2020. Epub Apr 22, 2020.

consegue entender essas mulheres e suas razões para manterem um relacionamento danoso às suas vidas.

Durante a pandemia, além da obrigação do isolamento social, algumas normas foram criadas para evitar a propagação desse vírus mortal. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ por meio da Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020, renovada por mais noventa dias a partir de 12 de junho de 2020, recomendou aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas com o fim de evitar a infecção e disseminação pelo Covid 19.[13]

Destacamos os artigos 4º, 5º, 6º e 8ª da Recomendação do CNJ:

> Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: [...] c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias**; III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias**.
> Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: [...] **b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo**

[13] Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020 renovada em 12 de junho de 2020.

> **coronavírus**; [...] **III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução....**
> Art. 6º **Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.**
> [...]
> Art. 8º. Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º , do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia. § 1o Nos casos previstos no caput, recomenda-se que: Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça **I – o controle da prisão seja realizado por meio da análise do auto de prisão em flagrante, proferindo-se decisão para: a) relaxar a prisão ilegal; b) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, considerando como fundamento extrínseco, inclusive, a necessidade de controle dos fatores de propagação da pandemia e proteção à saúde de pessoas que integrem o grupo de risco; ou c) excepcionalmente, converter a prisão em flagrante em preventiva, em se tratando de crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, desde que presentes, no caso concreto, os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e que as circunstâncias do fato indiquem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, observado o protocolo das autoridades sanitárias.”** (Grifos nossos).

Nesse sentido, em decorrência das recomendações do CNJ, como fazer cumprir os artigos 20 e 22, V da Lei Maria da Penha?

Estes artigos estabelecem que:

> Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: ...V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios".

O que se percebe é que ao emitir a Recomendação nº 62/2020, o CNJ não levou em consideração a violência doméstica praticada contra a mulher pelo companheiro ou filhos, pois não trouxe qualquer exceção a essa possibilidade.

É altamente perigoso manter sob o mesmo teto o agressor e, pior ainda, é mantê-lo solto, pois o número de agressores que se tornam homicidas é alarmante. O sentimento é de que não há punição ao agressor, da mesma forma que não haverá segurança física e mental à mulher agredida que denuncia o criminoso.

Ainda se não bastasse esse absurdo, o agressor condenado ao pagamento de alimentos e inadimplente, se condenado à prisão por falta de pagamento, cumprirá a prisão domiciliar. Isso é uma dádiva para o meliante, pois a regra para todos é não sair de casa durante o isolamento social. Nesse caso, ele será agraciado ao invés de ser penalizado.

Há de se considerar que o palco da violência doméstica é o ambiente denominado lar, que de lar muitas vezes não tem nada. Para que a integridade da mulher seja preservada é preciso que o agressor seja afastado definitivamente do espaço onde se encontra a mulher. Portanto, a Recomendação 62/2020 do CNJ não deverá ser aplicada em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório n. 54/01, Caso 12.051,** Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 27 junho de 2020.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. História da criação da Lei Federal no 11.340/2006 batizada Lei Maria da Penha. In: SEIXAS, Maria Rita D'Angelo; DIAS, Maria Luiza. **A violência doméstica e a cultura da paz**. 1. ed. - São Paulo: Santos, 2013.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira (2015). Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Revista Psicologia & Sociedade**, 27(2), 256-266.

Instituto Maria da Penha**. Quem é Maria da Penha**. Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html. Acesso em 29 de junho de 2020.

SILVA, Luciana Lemos da; COELHO, Elza Berger S.; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo. Violência Silenciosa: violência psicológica com condição da violência física doméstica. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v.11, n.21, p.93-103, jan/abr 2007.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor. Isolamento social e o aumento da violência: o que isso nos revela? **Rev. bras. epidemiol**. Rio de Janeiro, v. 23, e200033, 2020. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000100201&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25/06/2020. Epub Apr 22, 2020.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Hertha Urquiza Baracho*
Belinda Pereira da Cunha*

A pandemia do Coronavírus, que atingiu o Planeta, chegou ao Brasil em março de 2020. Diante do quadro instalado pela pandemia, a questão da violência doméstica no âmbito familiar assume papel de destaque nas discussões. A orientação da Organização Mundial da Saúde, no sentido de que a sociedade deveria adotar a medida de isolamento social como forma de ajudar a conter o número de infectados e mortos em decorrência da Covid-19, passou a ser assunto preocupante. Os operadores jurídicos e formuladores de políticas públicas procuram uma solução para a garantia de padrões mínimos de vida em quarentena. O Estado tenta suprir as demandas na economia e na saúde pública.

O artigo, que tem como objetivo refletir sobre a violência contra a mulher no âmbito das relações familiares, procura analisar as cinco formas de manifestação da violência doméstica e o crescente aumento das situações violentas, notadamente durante o período pandêmico. Temos um arcabouço legal suficiente para o enfrentamento do tema – e o problema seria de eficácia – ou seria ainda necessária a produção de leis mais precisas?

A violência doméstica contra as mulheres nas relações familiares tem origem na desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres,

* Doutora em Direito. Pós-Doutora Universidade Degli Studi di Firenze. Professora Associada aposentada Universidade Federal da Paraíba.
* Doutora em Direito. Estágio pós-doutoral Instituto de Investigaciones Sociales da Universsidad Autonoma do México. Professora Associada da UFPB.

na discriminação de gênero, na desigualdade social e no preconceito machista ainda constante na nossa realidade social e familiar[1].

Ao falar sobre a condição feminina, lembra Edgar Morin que:

> quase todas as sociedades históricas impuseram o poder masculino sobre as mulheres, subjugando-as e aprisionando-as em lares ou gineceus, alguns dos quais prescreviam a poligamia. Certas religiões chegaram até mesmo a confirmar o sujeitamento feminino como vontade divina (2013, p. 363).

A violência doméstica é um tipo de violação que fere os direitos fundamentais à vida, à dignidade, segurança física e psíquica, e infelizmente é um fenômeno mundial que independe de classe social, raça, etnia, religião, ou grau de instrução.

No Brasil, o sistema de repressão e prevenção à violência doméstica encontra amparo na Constituição Federal de 1988 ao proclamar a igualdade entre os homens e mulheres. No art. 5º, inciso I, afirma que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição*. As relações familiares também estão protegidas no parágrafo 8º do art. 226, pois "*o Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*" A partir destas normas constitucionais, o legislador ordinário ampliou a proteção dos direitos das mulheres contra a discriminação e a violência. Um grande passo dado pelo legislador ordinário foi a Lei Maria da Penha, Lei 11.340/06, que tem como objetivo proteger a mulher vítima de violência doméstica. Essa legislação é específica contra mulheres e estabelece uma série de medidas de proteção e assistência. Merece destaque a Lei 13.104, de 9 de março de 2015, que alterou o art. 121 do

[1] Importante realçar que a violência doméstica é uma questão que atinge mulheres, crianças, adolescentes e idosos. Nesse artigo, por questões metodológicas, trataremos apenas das mulheres.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art.1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluí-lo no rol dos crimes hediondos.

A palavra **violência** é polifacética, ou seja, possui vários sentidos, não pode ser reduzida a um único significado.

A violência *lato sensu* é qualquer ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém, e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e horror.

Já a violência doméstica é uma espécie de violência que ocorre entre membros de uma mesma família, de natureza complexa, pois fundamenta-se em relações interpessoais de desigualdade e de poder entre mulheres e homens ligados por vínculos consanguíneos, parentais de afetividade ou de amizade. (CAVALCANTI, 2008, p.51)

Segundo o art.7º da Lei 11.340/06, a violência doméstica e familiar contra a mulher tem como modalidades: a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A violência física consiste em atos de agressão sobre o corpo da mulher. Caracteriza-se quando há o uso da força e o agressor atinge a sua integridade física ou saúde corporal. Ações como empurrões, murros, tapas, socos, ferimentos com objetos cortantes e queimaduras são exemplos desse tipo de violência doméstica.

Para a Organização Mundial da Saúde, os atos podem ser leves, moderados ou severos (com o uso de armas).

A violência psicológica ou emocional normalmente é acompanhada da violência verbal, não deixa marcas no corpo, porém deixa cicatrizes profundas na mente. Na prática, se manifesta através da rejeição, depreciação, discriminação, humilhação, ameaças.

Maria Berenice Dias realça que essa violência é considerada normal e rotineira pelas vítimas e que padrões culturais impedem que essas

mulheres percebam que estão sofrendo violência psicológica. Violência bastante frequente e pouco denunciada. E lembra a autora que para a configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de um laudo técnico ou a realização de perícia (DIAS, 2010, p. 66).

A violência sexual é qualquer conduta que venha causar constrangimento à mulher do ponto de vista sexual, o agressor não pode forçar ou obrigar a vítima ao cometimento de ato e práticas sexuais, sem o seu consentimento, através de intimidação, ameaça, coação, que limitem o exercício de seus direitos reprodutivos.

A violência patrimonial é qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição total ou parcial de objetos, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos. Quando a vítima sai de casa para fugir à agressão, o agressor se aproveita da situação e destrói seus bens e objetos pessoais. Geralmente vem acompanhada de outras formas de violência.

A violência moral acontece quando a conduta configura crime de calúnia, difamação, injúria. Essa violência ofende a integridade objetiva e a integridade subjetiva e pode gerar indenização patrimonial que mitiga os danos sofridos na esfera cível (DIAS, 2010).

Essas modalidades de violência doméstica contra a mulher são um problema extremamente grave e complexo, constitui um grande avanço para a proteção dos direitos das mulheres, bem como o reconhecimento explícito da violência doméstica como direitos humanos.

Bobbio (2004a, p. 44) menciona a dificuldade de concretude dos direitos humanos por cada sociedade e justifica dizendo que é um problema jurídico de amplitude política, não de uma mera filosofia, pois não se trata de saber quais são esses direitos, sua natureza ou fundamento, se são naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garantir e impedir que esses direitos, previstos em declarações tão solenes, sejam continuamente violados.

A violência doméstica, que sempre foi um problema no Brasil, ocupa uma posição elevada nas estatísticas mundiais de violência

doméstica e feminicídio, o que chama a atenção dos outros países. A nossa taxa é 74% maior do que a média mundial. São 2,3 mortes para 100 mil mulheres no mundo, e de 4 mortes para 100 mil. A cada 3 vítimas de feminicídio no Brasil, 2 foram mortas dentro de casa (BIANQUINI, 2020). A situação é tão grave que o Ministério Público soltou uma nota em que afirma: "*a casa é o lugar mais perigoso para a mulher*" (Agência Brasil, 2020).

Com a pandemia e as medidas de isolamento social, as denúncias de violência doméstica aumentaram no Brasil e no mundo. Os problemas socioeconômicos foram agravados, e a convivência diária intensificada gera muita tensão entre homens e mulheres. As mulheres que prestam serviços foram as mais atingidas na questão do desemprego. Para agravar o quadro, o número de empregos informais é maior entre as mulheres. A sobrecarga de trabalho doméstico também é uma questão a ser analisada, principalmente se ela tem emprego e precisa trabalhar em casa. No contexto de pandemia, trabalhar em casa ao lado do agressor e desempenhar as tarefas domésticas simultaneamente, a mulher corre sério risco de desempenhar mal a sua função e perder o emprego.

A ONU Mulheres elaborou o documento "COVID-19 na América Latina e no Caribe: como incorporar mulheres e igualdade de gênero na gestão da resposta à crise", e considerou a violência doméstica ser agravada com a crise.

No período de pandemia, a China triplicou o número de denúncias. Na França, houve um aumento de 32%. No Brasil, o Ministério da Saúde e dos Direitos Humanos constatou o aumento de denúncias. No Rio de Janeiro foram registrados 50% a mais de casos. Na França, onde a denúncia pode ser feita pela internet, a vítima tem um chat para conversar com policiais e pode apagar as mensagens quando for necessário para sua proteção. Na Farmácia ela pode dizer uma senha que será ativado o sistema de alerta. A vítima poderá ficar em um quarto de hotel por conta do governo. O governo disponibilizará 1 milhão de

euros para auxiliar organizações responsáveis pela ajuda das vítimas (BIANQUINI, 2020).

No Brasil, as mulheres sentem dificuldades de formalizar a denúncia, pois em virtude do isolamento social, as vítimas não conseguem ir à delegacia porque o parceiro agressor permanece ao seu lado a maior parte do tempo e ela sente medo. Outras mulheres são desestimuladas a denunciar o agressor por reconhecer que a sociedade ainda é machista e preconceituosa, e que muitas vezes questiona se a vítima deu motivos para o comportamento do agressor, assim elas preferem calar e aguentar. Preferem correr o risco a enfrentar o problema. A subnotificação de ocorrências é uma realidade, desse modo, concluímos que o número de vítimas é muito maior do que os números publicados.

O Projeto de Lei nº 1267/20 tem como escopo ampliar a divulgação do disque 180 que poderá ser acionado a qualquer momento, todos os dias, vinte e quatro horas, incluindo feriados e domingos. Através do 180 a vítima pode esclarecer algumas dúvidas sobre a Lei nº 11.340/2006 e as formas de violência.

Enfim, as leis são suficientes ou o problema é de eficácia? A legislação e as políticas públicas são insuficientes para conter as diferentes formas de violência contra a mulher, mas reconhecemos que o país tem apresentado avanços nos últimos anos. A Lei Maria da Penha é considerada um paradigma, uma mudança de mentalidade. Antes considerava-se violência doméstica apenas a lesão corporal que ocasionasse dano físico à saúde da mulher. O texto da lei ampliou o entendimento das formas de violência para qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, patrimonial ou moral à vítima de violência doméstica.

Todavia, mesmo com o avanço legislativo e social que decorreu da Lei Maria da Penha e das medidas aplicadas em sua decorrência, tem-se verificado o aumento da ineficácia da lei tanto mais em tempo de isolamento social, decorrente da pandemia deflagrada com a COVID 19 em razão do contágio por coronavírus.

O aumento das denúncias de violência contra a mulher noticiado, foi de quase 40% a mais em maio de 2020, durante o período de isolamento, em relação ao mês de maio de 2019, considerando-se a vítima como refém do agressor, já que ambos estão em casa com a recomendação de não saírem enquanto durar a quarentena.

Aumentam os esforços da sociedade civil e mesmo das delegacias de proteção à mulher, somando esforços para a ampliação das fomas de denúncia, até mesmo sem dar evidências ou chamar a atenção do agressor, como o faz o site Magalu que oferece uma aba para esse tipo de denúncia, disfarçadamente dentre as opções de vendas de seus produtos, exatamente para que a vítima possa acionar seu socorro sem chamar a atenção de seu agressor.

Ainda assim, foi acrescentado a alínea "C" ao artigo 12 na Lei Maria da Penha, no sentido de que,

> verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:
> I - pela autoridade judicial;
> II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou
> III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.
> § 1º. Nas hipóteses dos incisos II e III do *caput* deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. § 2º. Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Ora, mesmo diante do propósito de conferir ao delegado a condição de tomar medidas de proteção à mulher, é de se ver a renovada

tentativa nesse sentido, já que essa atividade seria privativa do juiz de Direito. Em que pese a Lei 13.827/2019, ter ultrapassado essa barreira admite-se a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Ainda que o agressor possa ser afastado imediatamente do lar, domicílio ou lugar de convivência, o que pode ser até embaixo da ponte, o delegado de polícia somente poderá determina-lo, quando o município não for sede de comarca, ou seja, quando não houver juiz à disposição. E quanto ao policial, civil ou militar, somente agirá diretamente quando não houver juiz e nem mesmo delegado disponível, no momento da ocorrência da violência contra a mulher.

Com a previsão de que seja o juiz comunicado no prazo máximo de 24 horas, quando deverá decidir também em 24 horas, se manterá ou revogará a medida, do que deverá dar ciência ao Ministério Público, ocorre a antecipação de medida provisória de urgência. E no que se refere à prática do ato pelo policial, trata-se de excepcionalidade diante da inexistência de juiz ou delegado no local, o que também se dá na prisão em flagrante assim realizada àquele que estiver no cometimento de um crime, cabendo, todavia, ao delegado manter a providência policial e, ao juiz, a decisão final.

Pois bem, como trata-se de medida de prisão do agressor, mesmo tendo-se pensado e implantado diversas formas de avisar a delegacia da (s) violência (s) sofrida (s), tem-se um procedimento administrativo inegável, que em tempos de pandemia não alcançará jamais a rapidez necessária, diante dos números crescentes dessas agressões em face do isolamento das famílias em suas casas, como a situação obriga.

Sendo assim, nossa proposição dá-se no sentido de um ato prévio a todos esses, que permita a retirada do agressor para uma casa de acolhimento ou outro espaço existente, com vistas à celeridade, lavrando-se o auto de ocorrência dos fatos que será encaminhado para a delegacia, com posterior processamento de todos os demais atos

previstos em Lei em modificados a contento na alínea “c” do artigo 12. Nada obstante, em caso de flagrante, virá a consequente prisão.

Ao contrário de relaxar ou flexibilizar a providência diante da violência contra a mulher, entendida aqui em todas as suas formas, propõe-se que sejam retirados tantos agressores quanto possível do local em que estejam praticando tais atos nefastos, no sentido de serem deslocados, no mínimo para uma casa de acolhimento, vigiada, quando não se tratar de flagrante para, em seguida dar-se sequência às providências administrativas e penais.

Para tal celeridade, necessário que sejam adotados números de WhatsApp, vários deles, com perfís que não sejam identificados por sua figura, sites, câmeras em ruas, prédios, frente de casas, todas com sensores disparados imediatamente em todas as delegacias, centros de apoio, organizações parceiras e mesmo em casa de familiares que se manifestem preocupados com a vida de qualquer dos seus, que vivam em situação de violência ou relação abusiva, como previsão legal a fim de se atingir a eficácia da proteção jurídica da vida.

REFERÊNCIAS

Agência Brasil. https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/sp-violencia-contra-mulher-aumenta-449-durante-pandemia#. Acesso em 28/06/2020.

BIANQUINI, Heloisa. Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito. **Revista Consultor Jurídico**. 24/04/2020. https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia. Acesso em 28/06/2020.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004a.

CAVALCANTI, **Stela Valéria Soares de Farias, Violência Doméstica**: Análise artigo por artigo da Lei "Maria da Penha", nº 11.340/06. Salvador: JusPodivm, 2008

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORIN, Edgar, **A Via para o futuro da humanidade.** Tradução de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand, 2013

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA: o problema seria a eficácia da Lei Maria da Penha ou ainda se faz necessário a produção de outras leis?

Joana de Moraes Souza Machado*
Auricelia do Nascimento Melo*

O ano de 2020 certamente entrará para a história com várias singularidades. O surgimento de uma pandemia mundial impõe para a humanidade novos hábitos, responsabilidades e um perfil de comportamento social de resguardo para maior proteção da saúde de todos os entes da família.

Dentro dessa nova sistemática de convivência mais próxima no quotidiano, os familiares, e em recorte especial, os cônjuges, passam a dividir tarefas, realizar atividades de trabalho dentro de uma proximidade que não estavam habituados e isso faz evidenciar uma série de conflitos, e em muitos casos surgem atos de violência cometidos contra as mulheres.

A título de esclarecimento, cumpre-nos destacar que os direitos da mulher sempre se apresentaram muito atrasados em relação aos direitos conquistados pelo homem. Inicialmente, eram negados quaisquer direitos a elas, dependendo dos homens para tomar qualquer decisão, entrementes se pode lembrar do estatuto da mulher casada.

Hodiernamente, o acesso aos bens e serviços pelas mulheres é designado pela situação financeira, mas isso não invalida a análise das enormes alterações no cotidiano do trabalho doméstico, pioneiramente desempenhado só pelas mulheres.

* Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR, Mestre em Direito pela UFC, Coordenadora do Curso de Direito UNOVAFAPI e Professora da UFPI.
* Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, professora Adjunta da UESPI e UNINOVAFAPI.

A situação era descrita da seguinte maneira: mulheres eram preparadas para o casamento, a formação acontecia desde a adolescência. Depois assumiam o papel de dona de casa, respondendo pela educação dos filhos e cuidados voltados ao marido.

Nos dias de hoje, as obrigações domésticas ainda existem, as demandas com os cuidados aos filhos e aos idosos permanecem, cada vez mais, como as áreas ainda hoje mais concentradas sobre as mulheres. Percebe-se que a carga de trabalho atribuída às mulheres só aumenta, mesmo que tenham conseguido direitos ao longo do tempo.

A violência contra as mulheres remete a uma questão de gênero, que possui raízes histórico-culturais, passando por uma discussão que ganhou corpo, principalmente após a confecção da Constituição de 1988. A política de proteção contra as mulheres requer uma atuação conjunta e intersetorial, pois envolve os setores como a saúde, a política de assistência social, a segurança pública e a justiça.

Nesse sentido, é de bom alvitre citar que a violência contra a mulher é um problema social e de saúde pública que atinge todas as etnias, religiões, escolaridades e classes sociais. Dentro da política de direitos humanos, é um tema que é muito relevante, por isso este tipo de violência não pode ser ignorado ou disfarçado, reclamando a atenção de toda a sociedade, para elevar a discussão e efetivação de política públicas.

A violência pode se manifestar de várias formas, com diferentes graus de gravidade. Geralmente, com episódios repetitivos e que na maior parte das vezes, costuma ficar encobertos pelo Silêncio.

Na maioria das vezes a violência acontece dentro da própria casa. Pode ser cometida pelo marido, companheiro, pai, irmão, padrasto ou qualquer outra pessoa que viva sobre o mesmo teto. Pode acontecer também no trabalho, na rua, na escola, e em outros lugares.

Num rápido escorço histórico[1], entende-se que as mulheres só adquiriram capacidade política ativa em 1934 e capacidade civil plena em 1962. O Código Civil brasileiro de 1916 previa diversas situações de inferioridade da mulher em relação ao homem, como por exemplo, o direito de anulação do casamento pelo marido por defloramento anterior por ele ignorado.

Perante o novo cenário do país, é indiscutível a contribuição impulsionada pelo movimento das mulheres para a confecção da Constituição Federal de 1988. Dentro de uma análise detalhada, verificou-se que o ordenamento jurídico passou a prever diversos dispositivos, consagrando a igualdade entre mulheres e homens. Esses dispositivos reclamam uma série de repercussões, pois, ao estabelecer para o Estado o ônus de assegurar igualdade entre homens e mulheres em relação a direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal, por exemplo, será necessário uma mudança significativa de conceitos, imprimindo a obrigação de implantação de políticas e programas para concretizar tal norma.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 no Brasil, diversas conquistas foram alcançadas, como por exemplo, o tratamento com absoluta igualdade entre homem e mulher, tanto na vida social como na vida familiar. No entanto, há muito tempo, adverte Maria Celina Bodin de Moraes (2016, p. 155), as mulheres denunciam a sua condição de vítima da violência familiar, tendo esse fenômeno adquirido maior visibilidade ao cenário público, a partir da criação dos conselhos e delegacias de defesa das mulheres.

---

[1] Ainda no século XVIII aparecem estudos e publicações questionando a desigualdade de direitos entre mulheres e homens. A partir do século XIX, vão surgindo organizações de mulheres, embasadas em correntes de pensamento diferentes. Foi se conformando um movimento por direitos, por igualdade que, organizado em torno de distintas reivindicações e plataformas, força a entrada das reivindicações das mulheres na pauta da política. Os focos principais, até a primeira metade do século XX, serão o direito de voto, o reconhecimento do direito ao trabalho, acesso à educação e direitos civis mais amplos.

A Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha representou um avanço no que diz respeito à violência contra mulher. A referida legislação previu no seu art. 7º, os tipos de violência contra mulher, quais sejam: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. A lei especifica uma rede de atendimento com participação articulada entre instituições governamentais e não governamentais, visando a um melhor atendimento, já que é necessário uma equipe multidisciplinar para fazer o acolhimento da mulher vítima de violência.

A Lei Maria da Penha sempre foi festejada pelo avanço que representou no que se refere aos delitos de violência física contra mulher, isto porque esta é a face mais visível. Entretanto, como citado, a lei prevê outros tipos de violência, além da violência física, as quais, apesar de frequentes, são pouco invocadas como instrumento de proteção, é o caso da violência patrimonial.

É muito comum se deparar nas demandas em curso nas varas de família, especialmente nos processos de divórcio e partilha de bens, crimes praticados contra o cônjuge virago e que passam absolutamente despercebidos pelos advogados não militantes da advocacia criminal, e até mesmo por juízes.

A violência patrimonial é entendida pelo legislador como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Não obstante, toda essa discussão em torno da violência contra a mulher ressalta no período da pandemia de modo recorrente, denúncias de violência perpetrada por seus maridos ou companheiros. Essa situação se revela muito grave no atual cenário e vários órgãos de proteção à

mulher, apresentam estatísticas mostrando um aumento crescente dessa violência nesse período[2].

Vários fatores corroboram para essa realidade, dentre eles pode-se citar, a situação da convivência mais próxima, a dependência do outro cônjuge, já que a situação econômica do país reverberou uma crise que culminou com a perda de emprego em massa por várias mulheres[3], que agora dependem economicamente de seus cônjuges. Outro fator revelado é a rotina exaustiva com os filhos, que nessa época estão no aprendizado remoto, bem como a necessidade de implementar as atividades da casa,

---

[2] De acordo com Paula Dias Beviláqua, pesquisadora da Fiocruz de Minas, a dimensão da conexão é também o que dá sentido às redes de enfrentamento à violência contra as mulheres, pois a articulação dos serviços e trabalhadores depende de um olhar holístico sobre esse fenômeno e da interdependência das ações para serem efetivas. A construção de uma perspectiva holística e de ações articuladas depende dos vínculos que se estabelecem entre as pessoas e instituições que lidam com a violência. Assim, tal qual como a vida das mulheres que vão se organizando e viabilizando a partir das conexões que constroem e acionam ao longo de suas vidas, a existência de uma política pública comprometida com o enfrentamento (e, utopicamente, com a sua eliminação) da violência contra as mulheres também se constrói a partir dos agenciamentos e que, assim, fortalecem as redes. Nesse sentido, o conceito 'conexão' tem uma forte dimensão feminista, pois é, para várias mulheres, a única possibilidade de sobrevivência. Assim, não fortalecer conexões e redes entre políticas públicas de proteção é assumir uma posição de descaso com as mulheres e de perigoso flerte com o feminicídio, que será mais um possível efeito da pandemia de Covid 19 no Brasil e no mundo. Disponível em: http://www.cpqrr.fiocruz.br/pg/artigo-mulheres-violencia-e-pandemia-de-coronavirus/, acesso em 30/06/2020.

[3] A Organização das Nações Unidas (ONU) destaca que as mulheres representam 70% da força de trabalho em serviços social e de saúde ao redor do mundo. Por isso, é necessário pensá-las como profissionais de saúde na linha de frente e considerar os riscos de discriminação aos quais estão expostas. Além disso, em tempos de pandemia, existe a possibilidade de desvio de recursos de outras áreas, como os destinados a saúde sexual e reprodutiva, para dar conta de conter o avanço da doença. Isso, segundo o relatório, pode contribuir para o aumento da mortalidade materna e neonatal, assim como para um aumento na necessidade não atendida de contracepção e aumento do número de abortos inseguros e de infecções sexualmente transmitidas. https://gife.org.br/isolamento-social-aumenta-violencia-contra-a-mulher-durante-pandemia-de-coronavirus, acesso em 29/06/2020.

ou seja; essa convivência diária e ininterrupta com o agressor, faz a mulher estar mais exposta e vulnerável.

Observa-se que, muitas vezes, antes da violência física, o cônjuge ou companheiro pratica violência patrimonial, ao destruir, inclusive, instrumentos de trabalho da vítima, como computadores e celulares. Se por um lado, algumas vítimas de violência doméstica foram demitidas por conta da pandemia; outras estão trabalhando *home office*, o que acaba gerando conflitos no ambiente familiar.

A constatação que se evidencia no Brasil, durante a pandemia da COVID-19, é que a mulher vítima da violência doméstica durante esse período não está conseguindo o acesso a serviços de apoio às vítimas, particularmente nos setores de assistência social, saúde, segurança pública e também da justiça.

Esses serviços, como é sabido por toda a população, teve a rotina de atendimentos alterados por conta do perigo de contágio, o que traz um grande prejuízo a todas as vítimas dessa violência doméstica, pois os serviços de saúde e o atendimento nas delegacias especializadas, são comumente os primeiros pontos de contato das vítimas de violência doméstica com a rede de apoio.

As vítimas, muitas vezes, têm que registrar boletim de ocorrência por meio digital, o que pode ser um óbice para aquelas que não tem acesso à internet. As delegacias de repressão à crimes contra violência doméstica têm divulgado essa modalidade de registro de BO, no entanto, muitas vítimas demonstram grandes dificuldades com essa modalidade. No registro do Boletim de Ocorrência virtual, normalmente é perguntado se a vítima deseja medida protetiva.

No Estado do Piauí, pode-se citar a Patrulha Maria da Penha, a exemplo do que já acontece em outros estados. Foi criada em janeiro de 2020, antes da pandemia, para atuar preventivamente na violência contra a mulher. O principal objetivo da Patrulha Maria da Penha é atuar preventivamente na violência contra a mulher, tendo como foco o

acompanhamento e o monitoramento de medidas protetivas[4], o que já contribui para o monitoramento nesse período de pandemia.

Vale destacar também a Lei 13.984/2020[5], de 03 de abril de 2020, que incluiu, dentre o rol de medidas protetivas da Lei Maria da Penha, a obrigatoriedade de frequência do agressor a centro de educação e recuperação e acompanhamento psicossocial. Mesmo antes do advento desta Lei, homens com medida protetiva já eram encaminhados a esses centros de educação por determinação judicial. No entanto, com a lei, fica expresso no art. 22 da Lei Maria da Penha. Caso não cumpra, poderá ser preso.

No entanto, percebe-se que a referida legislação esbarrará na falta de centros de educação para esse fim na maioria dos Estados da Federação. A Lei Maria da Penha, apenas cita que a União, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar e promover centros de educação e reabilitação para agressores", sem no entanto, ser taxativa.

As pesquisas relatam que durante a pandemia, a redução na oferta de serviços de proteção às mulheres é acompanhada pela diminuição da procura, pois as vítimas também ficam com receio de buscar os serviços em função da restrição no atendimento e medo da doença.

Com o aumento da violência doméstica contra mulheres nesse período de pandemia, foi apresentado o Projeto de Lei 1.267/2020, com o objetivo de alterar a Lei Maria da Penha, para ampliar a divulgação do disque 180, enquanto durar a pandemia. Nesse período, toda informação exibida no rádio, televisão e internet, que trate de episódios da violência contra a mulher, incluirá menção expressa ao Disque 180. Tal iniciativa corrobora com o direito fundamental à informação que a vítima de violência

---

[4] Disponível em: http://www.ssp.pi.gov.br/noticia.php?id=3805&pes=violencia.

[5] A frequência aos grupos de reeducação e apoio não apenas contribui para diminuir os casos de reincidências, mas concorre também para a proteção emocional do próprio agressor, com a oportunidade de se reeducar, para conviver melhor com a sociedade e com a sua família em particular — ressaltou o senador Arolde de Oliveira (PSD-RJ), quando o projeto (SCD 11/2018) foi votado no Plenário do Senado. Fonte: Agência Senado. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/06/agressores-de-mulheres-deverao-ser-reeducados-determina-nova-lei.

doméstica é também titular, para saber como agir e utilizar os instrumentos de proteção postos a disposição dessas mulheres.

No entanto, preocupa-se com a demora do processo legislativo dessas leis transitórias, considerando os danos já causados à diversas vítimas de violência doméstica nesse período de pandemia, que não tiveram o necessário atendimento, muitas vezes, por falta de informação.

Por outro lado, pode-se concluir que a Lei Maria da Penha trata-se de legislação vanguardista e que tutela os direitos da mulher, vítima de violência doméstica, no entanto, percebe-se que o problema é muito mais de eficácia da lei, do que a necessidade de criação de outra legislação para complementar o conteúdo da já existente.

O Brasil deve repensar e reforçar as políticas públicas e investimentos no combate à violência contra a mulher, com repasses aos entes federados, considerando que muitos tiveram e terão perda de arrecadação. Deve-se atentar ao fato de que o achatamento da curva do coronavírus não reduzirá os casos de violência, podendo inclusive, aumentar, considerando um grande número de homens e mulheres desempregados, com sérias dificuldades financeiras, o que contribuirá para o aumento de casos de violência doméstica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

___________. **Lei 13.140, de 07 de Agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispões sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar

contra a Mulher, altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, e dá outras providências.

BRASIL. **Coronavírus**: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena [Internet]. Brasil: Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ODNH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH); 2020 [acessado em 28 mar 2020]. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-naquarentena.

___________. **Agressores de mulheres deverão ser reeducados, determina nova lei.** Senado Federal, 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/06/agressores-de-mulheres-deverao-ser-reeducados-determina-nova-lei. Fonte: Agência Senado. Acesso em: 07/07/20.

DELGADO, Mario Luiz. **Violência patrimonial contra a mulher**. Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em 14/04/2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MIRANDA, Sergia Maria Mendonça. **A discriminação de gênero do direito de família**. In: Direito das famílias por juristas brasileiras. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Vulnerabilidade nas relações de família**. In: Direito das famílias por juristas brasileiras. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flavia; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos das mulheres, família e violência**. In: Direito das famílias por juristas

brasileiras. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAREMBA, Júlia. **Projeto que obriga reeducação de agressores esbarra em falta de oferta de grupos e regras.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/02/projeto-que-obriga-reeducacao-de-agressores-esbarra-em-falta-de-oferta-de-grupos-e-regras.shtml.

AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Maria Cristina Paiva Santiago*
Izabelle Pontes Ramalho Wanderley Monteiro*

A violência mais atroz e infame é aquela que surge no ambiente de nossa casa, vindo daquelas pessoas com as quais construímos sonhos e projetos de uma vida feliz.

O mês de março de 2020 ficará marcado na memória do povo brasileiro como sendo o dia que marca o fim de um tempo. Tempo em que era possível alimentar sonhos, fazer projetos de vida, e até para aqueles que vivenciavam situações adversas, nutria-se a forte crença na iminente chegada de dias melhores. A pandemia da COVID-19 eclode e com ela um novo tempo se descortina. A ordem dada pelas autoridades sanitárias é isolamento social. Proliferam programas de entretenimento na *internet*, nas redes sociais, nos programas televisivos de canais aberto e, também, fechados disponibilizaram visitas virtuais a museus, belíssimas óperas, filmes e um verdadeiro arsenal para tentar amenizar a dureza das privações que se imporiam por questão de saúde pública.

Diante dessa nova realidade e da inafastável necessidade de isolamento e distanciamento social, algumas reflexões se impõem. Sabe-se o Brasil é um país continental e que possui muitas desigualdades sociais e regionais. Assim, para muitos brasileiros o "fique em casa" não acontece como planejado: seja por não terem casa – como é o caso dos moradores de

---

* Doutora e Mestre em Direito Universidade Federal da Paraíba – UFPB; Presidente do Instituo Brasileiro de Direito de Família e Sucessões – Seção Paraíba - IBDFAM- PB; Membro da Comissão Especial de Famílias e Sucessões do CFOAB (2019-2021).
* Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduada em políticas públicas de gênero e raça pela UFPB. Presidente da Comissão de Combate à Violência e Impunidade contra a Mulher da OAB Paraíba (2019-2021).

rua – ou, pior ainda, o ficar em casa, pode ser mais letal e ameaçador do que a própria doença causa pelo coronavírus.

Essas breves linhas, sem maiores pretensões, buscam chamar a atenção de toda comunidade, para a situação de algumas mulheres - vítimas de violência – e que de uma hora para outra viram-se aquarteladas com seus agressores. Desse modo, ficar em casa para alguns pode não ser a melhor saída.

Diga-se, ainda, que as discussões sobre o aumento da violência doméstica contra as mulheres no contexto de confinamento social, decorrente da pandemia da COVID-19, tem eclodido não apenas no âmbito nacional, como também no internacional. Segundo a ONU Mulheres, diante desse cenário de bilhões de pessoas isoladas para evitar o contágio do novo coronavírus, a violência contra as mulheres, enquanto pandemia anteriormente já existente, porém invisível, passa a ocorrer de modo ainda mais crescente.[1]

No Reino Unido, as denúncias telefônicas de violência doméstica contra mulheres aumentaram cerca de 65% nos finais de semana[2]; na região da Catalunha, na Espanha, o governo registrou um aumento de 20% nesses canais[3]; em Chipre[4] e em Singapura[5], os registros aumentaram na margem de 30%.[6] Na província de Hubei, na China, o número de casos em fevereiro de 2020 subiu, em relação ao mesmo período no ano de 2019,

---

[1] Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>. Acesso em 03 de julho de 2020.

[2] Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-52063755>. Acesso em 03 de julho de 2020.

[3] Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2020/mar/28/lockdowns-world-rise-domestic-violence>. Acesso em 03 de julho de 2020.

[4] Ibidem.

[5] Disponível em: <https://www.channelnewsasia.com/news/commentary/coronavirus-covid-19-family-violence-abuse-women-self-isolation-12575026>. Acesso em 03 de julho de 2020.

[6] Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2020/mar/28/lockdowns-world-rise-domestic-violence>. Acesso em 03 de julho de 2020.

de 47 para 162.[7] Na França, país com um dos maiores números de violência doméstica da Europa, os primeiros dez dias de confinamento registraram um aumento de 30% nas denúncias dessa natureza.[8] Também na Austrália é possível identificar a mesma problemática através de pesquisa realizada *New South Wales*, que confirmou esse aumento em larga escala de denúncia.[9]

No Brasil, em pesquisa encomendada pelo Banco Mundial, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública revelou aumento de 431% em relatos de discussões conjugais por vizinhos em redes sociais entre fevereiro e abril deste ano, registrando também um aumento de 22,2% dos casos de feminicídio de março para abril.

É necessário destacar, para que se tenha maior clareza no enfrentamento do tema, que esses dados refletem não o surgimento inicial de um problema, mas sua potencialização. Para se chegar a essa conclusão é suficiente acompanhar os dados estatísticos que revelam o estado da arte, das múltiplas formas de violência existentes dentro das famílias. Segundo informações da ONU, nos 12 meses anteriores ao surgimento da Covid-19, 243 milhões de mulheres no mundo, de 15 a 49 anos, foram submetidas à violência sexual ou física por um parceiro íntimo.[10]

Na intenção de contribuir para a ampliação da compreensão do tema constante do presente artigo, tem-se por objeto a análise do o arcabouço legal existente no Brasil tem se mostrado suficiente para o enfrentamento da violência contra a mulher ocorrida no âmbito das relações familiares nas suas variadas formas de manifestação. Dessa

---

[7] Ibidem.
[8] Disponível em: <https://www.euronews.com/2020/03/28/domestic-violence-cases-jump-30-during-lockdown-in-france>. Acesso em 03 de julho de 2020.
[9] Disponível em: <https://10daily.com.au/news/australia/a200326zyjkh/domestic-violence-spikes-during-coronavirus-as-families-trapped-at-home-20200327>. Acesso em 03 de julho de 2020.
[10] Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>. Acesso em 03 de julho de 2020.

forma, o problema que norteou a presente pesquisa foi: Considerando as 5 (cinco) formas de manifestação da violência doméstica e o crescente aumento das situações violentas, notadamente durante o período pandêmico, temos um arcabouço legal suficiente pra o enfrentamento do tema – e o problema seria de eficácia – ou seria ainda necessária a produção de leis mais precisas? Para responder ao questionamento acima formulado, adota-se como método a pesquisa qualitativa a partir da coleta de dados pertinentes ao estudo do tema.

A promulgação da Carta democrática de 1988 redirecionou o ordenamento jurídico para a proteção dos vulneráveis, ressignificando a família, instituto de direito privado antes com fins patrimoniais e, agora, destinada à realização dos valores existenciais a partir da valorização do afeto, da solidariedade, da igualdade. Nesse sentido, o Estado também assume importante papel na promoção dos direitos humanos, sendo-lhes estabelecidos deveres expressos nesse sentido, dentre eles, o de criar mecanismos capazes de combater a violência nas relações familiares, nos termos do art. 226, §8º, da CF/88.

A partir dessa mudança de paradigma, leis e tratados voltados para a tutela dos vulneráveis e a realização da dignidade humana passam a ser promulgados no ordenamento jurídico. Dentre eles: a Convenção de Belém do Pará, que define a violência doméstica contra a mulher como uma forma de violência de gênero, estabelecendo medidas a serem adotadas pelos Estados signatários no sentido de prevenir, punir e erradicar a problemática; e, anos depois, após a condenação do Estado brasileiro no caso de Maria da Penha Fernandes, a promulgação da Lei n. 11.340/2006.

Além de definir, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a violência doméstica e familiar contra a mulher, evidenciando sua motivação em razão do gênero e suas variadas formas de ocorrência no âmbito das relações privadas, a Lei Maria da Penha retira, ao menos no plano formal, essa problemática da invisibilidade, inaugurando instrumentos específicos de proteção às mulheres nesse contexto.

Dentre os principais avanços promovidos pela Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência, previstas em seus artigos 18 a 26, podendo ser aplicadas separadamente ou cumulativamente, surgem como instrumentos inovadores destinados à proteção da mulher, seus familiares e patrimônio sempre que as circunstâncias o exigirem para o rompimento do ciclo da violência, fazendo cessar o cenário de violações.

Segundo o art. 22 da Lei Maria da Penha, a autoridade judicial pode aplicar imediatamente ao agressor as seguintes medidas protetivas, dentre outras: suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de determinadas condutas de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibição de frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; prestação de alimentos provisionais ou provisórios; comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Por sua vez, o art. 23 da Lei Maria da Penha também prevê as medidas destinadas à mulher, dentre outras: seu encaminhamento e de seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; sua recondução ao domicílio, após o afastamento do agressor; seu afastamento do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; a separação de corpos com o agressor; a matrícula dos seus dependentes em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Além dessas medidas imputadas ao agressor e destinadas à ofendida, a Lei Maria da Penha ainda prevê aquelas destinadas a proteger o patrimônio da sociedade conjugal e, particularmente, da mulher, dentre outros: a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor; a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; a suspensão das procurações conferidas ao agressor; a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar.

Tais medidas se destinam, portanto, a proteger a mulher de forma ampla e integral, rompendo possíveis situações de perigo e impactando diretamente nas relações familiares e nas questões procedimentos do Direito das Famílias, tendo em vista a possibilidade de obrigar o agressor a se afastar do lar conjugal, a não manter contato com a vítima, seus familiares e testemunhas, e, inclusive, ter suspensa a visitação aos filhos, quando ouvida a equipe multidisciplinar, e ser impedido de livremente dispor do patrimônio conjugal.

Conforme analisam Didier e Oliveira[11], tais medidas compõem um sistema protetivo aberto, tendo em vista a possibilidade de o magistrado, no caso concreto, estabelecer outras não previstas expressamente no texto normativo, podendo o juiz requisitar o auxílio de força policial para seu cumprimento. E, se descumpridas, será configurado o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha, punível com detenção de três meses a dois anos, não excluindo a possibilidade outras sanções cabíveis.

Ademais, segundo analisou o STJ, embora seu requerimento ocorra por meio de registro policial, as medidas protetivas "podem ser

[11] DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais Civil na Lei Maria da Penha (VIOLÊNCIA Doméstica e Familiar contra a Mulher). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Responsabilidade*: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 327.

pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor", hipótese em que "terão natureza cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal".[12]

Instrumentos, portanto, embora apreciados pelas Varas de Violência Doméstica, não exclusivos do Direito Penal e com impactos significativos nas questões procedimentais do Direito das Famílias.

Nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), bem como no art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), a violência doméstica e familiar contra a mulher consiste na prática de qualquer ação ou omissão contra a mulher baseada no gênero e que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. Uma violência, portanto, que pode macular não apenas a condição física da mulher.

Essa definição no ordenamento jurídico brasileiro, embora tardia, acaba por descortinar uma problemática ainda alarmante atualmente, fruto de uma sociedade estruturada por um ordenamento jurídico que, secularmente, legitimou a submissão feminina nas relações familiares, chegando, dentre outras previsões, a permitir a prática de violência pelo marido, considerado chefe da família e com autorização, inclusive, para matar a mulher em caso de adultério.

Essas práticas autorizadas pela legislação ao longo de séculos e engendradas nos costumes de geração a geração, acabam por formar uma

---

[12] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296735&num_registro=201303555858&data=20140407&formato=PDF>. Acesso em 07 de janeiro de 2020.

sociedade, ainda na atualidade, com números elevados de violência doméstica contra as mulheres, apesar dos avanços normativos consagrados com o advento da Carta Democrática de 1988. Dentre eles, a norma disposta no art. 226, §8º, da Constituição Federal, a ratificação à Convenção de Belém do Pará e a promulgação da Lei Maria da Penha.

Conforme exemplifica a Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º, variadas são as manifestações de violência doméstica contra a mulher nas formas física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, desconstruindo a noção de que o termo "violência" está atrelado apenas a ações contra a integridade física que lhes cause lesão.

Assim, na dicção do inciso I do art. 7º da Lei Maria da Penha, tem-se que a violência física é definida como toda conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, ou seja, não apenas aquelas que resultem em lesão corporal. Segundo Cunha e Pinho, "socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*".[13] Além disso, em face da perpetuação da ofensa à saúde, também a ação ou omissão que resulte em estresse pós-traumático, identificado pela ansiedade, depressão e outros sintomas que reduzam a capacidade da vítima para ocupações habituais e de trabalho, segundo analisa Maria Berenice Dias[14] e também reconhecido na jurisprudência[15].

A seu turno, o inciso II do art. 7º da Lei Maria da Penha, esclarece que a violência psicológica é qualquer conduta que atinja a integridade psicológica da mulher, causando-lhe dano emocional e diminuição da autoestima, prejudicando e perturbando o pleno

---

[13] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

[14] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 89.

[15] TJMG, ACr 10637140037424001, 6ª C. Crim., Rel. Des. Furtado de Mendonça, j. 25/07/2017.

desenvolvimento, degradando ou controlando suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangendo, humilhando, manipulando, isolando, vigiando, perseguindo, insultando, chantageando, violando sua intimidade, ridicularizando, explorando e limitando seu direito de ir e vir ou exercendo qualquer outra conduta que prejudique sua saúde psicológica e autodeterminação.

Ainda sobre a violência psicológica é importante chamar a atenção para o falto de que trata-se de agressão que embora não deixe marcas físicas aparentes, pode ser considerada "tão ou mais grave que a violência física"[16], constituindo os primeiros sinais de violência doméstica e inserindo a mulher num processo de adoecimento psicológico que contribui para a perpetuação do ciclo da violência e a dificuldade de rompê-lo, uma vez que reforça sua submissão e dependência, reduzindo sua autoestima e liberdade, como uma forma de coação vis compulsiva.[17]

Apesar dos graves danos causados à mulher, sendo considerada a porta de entrada para outras práticas mais contundentes resultantes no feminicídio, a violência psicológica é pouco denunciada. Muitas vezes, por falta de percepção da vítima sobre sua configuração enquanto violência doméstica, outras vezes, devido à fragilização emocional e psicológica dela decorrentes.

Segundo pesquisa realizada pelo DataSenado em 2017, 47% das mulheres que sofreram violência doméstica afirmaram ter sofrido violência psicológica.[18] Porém, conforme analisam Mello e Paiva, a violência psicológica geralmente é registrada apenas quando a vítima

---

[16] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 92.

[17] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

[18] Data Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em 24 de junho de 2020.

percebe que está em iminente risco, sendo, portanto, uma das formas de violência doméstica mais subnotificadas, mesmo com dados já significativos.[19]

Outra modalidade de violência prevista no art. 7º da Lei Maria da Penha, especificamente no inciso III, é a violência doméstica e familiar contra a mulher do tipo sexual, definida como toda conduta que constranja a mulher a manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Interessante anotar que essa forma de violência doméstica, no contexto conjugal, muitas vezes é motivada pelo pensamento de que a mulher tem a obrigação de manter relações sexuais com o marido ou companheiro, mesmo quando não houver vontade, por ser confundida como dever conjugal no âmbito privado, razão pela qual, queda-se silente tornando-se ainda mais invisível.

Segundo o IPEA[20], somente 10% dos casos desse tipo de violência foram notificados. No mesmo sentido, segundo Pesquisa Nacional de Vitimização, apenas 7,5% das vítimas de violência sexual registraram o crime na delegacia.[21] Realidade que confirma a alarmante subnotificação desse tipo de violência doméstica contra a mulher.

Outra forma de violência reiteradamente praticada contra a mulher, especialmente nos momentos de desfazimento do lar conjugal,

---

[19] MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 86.

[20] IPEA. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar) Brasília, março de 2014.

[21] DATAFOLHA. Pesquisa Nacional de Vitimização: questionário Senasp. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2019.

encontra-se descrita no inciso IV do art. 7º da Lei Maria da Penha, sob a rubrica de violência patrimonial. Trata-se de violência que se configura pela retenção, subtração, destruição parcial ou total dos objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer as suas necessidades. Esse tipo de violência não ocorre, contudo, apenas sobre bens materiais, mas também no caso, por exemplo, de omissão de prestar alimentos.[22] A violência patrimonial, em muitos casos, não é enxergada como violência em razão dos resquícios insistentes de um patriarcado remoto, que permanece arraigado no inconsciente coletivo de algumas gerações, fazendo com que, costumeiramente, a administração do patrimônio do casal fique sob a condução exclusivamente masculina - papel historicamente atrelado ao homem de administrar as finanças e o patrimônio conjugal - estando a mulher condicionada a essa autoridade.[23]

Por fim, o inciso V do art. 7º da Lei Maria da Penha, define como violência doméstica e familiar contra a mulher os crimes de calúnia, difamação ou injúria previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente, que ocorram no âmbito doméstica, familiar e/ou afetivo em razão de gênero. Práticas que atingem a honra da mulher, a qual é assim influenciada pela cultura vigente. Segundo Mello e Paiva, "há uma condição intrínseca ao fato de ser mulher em uma sociedade patriarcal que deve ser levada em consideração pelos operadores do Direito – e que foi levada em consideração pelos legisladores quando elaboraram a Lei Maria da Penha".[24]Assim como a violência psicológica, a violência moral também é motivada pela necessidade de manter a submissão da mulher naquela relação.

---

[22] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 100.
[23] MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 102.
[24] MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 105.

As formas de violência doméstica apresentadas pela Lei Maria da Penha trazem um sentido sociológico ampliativo que ultrapassa a proteção atrelada à esfera punitiva criminal. Ou seja, as descrições dispostas no art. 7º não estão atreladas, necessariamente, a algum tipo penal, embora sejam consideradas violações aos direitos humanos, nos termos do art. 6º.

Tais definições, assim como também as medidas protetivas previstas pela referida legislação, evidenciam práticas por vezes naturalizadas no âmbito das relações familiares que colocam as mulheres em situação de vulnerabilidade e violações – assim como também outros vulneráveis no contexto, a exemplo das crianças e adolescentes.

Tamanha a problemática que, apesar dos mencionados avanços normativos para o seu enfrentamento, sua perpetuação se mantém de forma alarmante, conforme demonstrado nos dados apresentados. Realidade ainda presente na sociedade atual decorrente de práticas historicamente legitimadas por um ordenamento jurídico que vigorou ao longo de séculos, ensejando a necessidade de um tratamento legislativo compensatório, conforme reconheceu o STF na ADC n. 19/DF.[25]

Contudo, é importante destacar que os elevados números observados não refletem a dimensão real desse tipo de violência, tendo em vista o obstáculo da subnotificação ante a invisibilidade de suas práticas por ocorrerem no âmbito privado, no seio de relações familiares e atreladas a fatores culturais e afetivos. Além disso, devido à falta de compreensão não apenas da vítima, mas da sociedade em geral, sobre as variadas formas de manifestação desse tipo de violência de gênero contra as mulheres merecedoras de atenção estatal, conforme analisado.

Não é simples para a mulher se perceber enquanto vítima, sobretudo porque a violência sofrida decorre de alguém com quem possui vínculo afetivo. Ademais, a Teoria do Ciclo da Violência - *Cycle*

---

[25] STF. *Acórdão ADC 19/DF*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em 25 de junho de 2020.

Theory of Violence que constata a dificuldade de rompimento da violência doméstica ocorrida nas relações íntimas de afeto, tendo em vista os laços existentes e o processo de adoecimento no qual ficam imersas as pessoas naquele cenário familiar.[26]

Sendo, portanto, uma problemática complexa e difícil visualização e rompimento, mesmo com os avanços legislativos ocorridos, a violência doméstica e familiar contra a mulher se torna ainda mais preocupante no contexto do confinamento social provocado pela pandemia da Covid-19. Afinal, suas práticas, nas mais variadas formas, inclusive as que provocam lesões corporais, passam a ocorrer dentro de um contexto de isolamento que impede, ainda mais, a sua visibilidade.

Nesse convívio em confinamento, o ciclo da violência é, sem dúvidas, acentuado, aumentando ainda mais a vulnerabilidade das mulheres nessas relações, conforme foi possível constatar através dos dados que sinalizam o aumento dos registros em todo o mundo. E, conforme analisa a ONU Mulheres, se a subnotificação já era um desafio antes da pandemia, "as circunstâncias atuais tornam os relatórios ainda mais difíceis, incluindo limitações no acesso de mulheres e meninas a telefones e linhas de ajuda e interrompem serviços públicos como polícia, justiça e serviços sociais", considerando, ainda, que essa situação também pode alimentar a impunidade dos agressores, pois pode "comprometer os cuidados e o apoio de que as sobreviventes precisam, como tratamento clínico de estupro, saúde mental e apoio psicossocial".[27]

Outra agravante também sinalizada pela ONU Mulheres é de 1 em cada 4 países não possui leis que protejam especificamente as mulheres da violência doméstica e, nos países em que há legislação, apenas 40% das mulheres procuram ajuda, das quais apenas 10% vão à delegacia. Dados esses

---

[26] WALKER, Lenore E. A. *The Battered Woman*. New York, Harper & Row, 1979, p. 112.
[27] Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>. Acesso em 03 de julho de 2020.

relativos a situações de normalidade, levando a concluir que, no contexto da pandemia, a problemática pode ser ainda mais agravada, haja vista não apenas o aumento da violência em face do convívio em confinamento, mas também à própria aplicabilidade da legislação.

Em relação aos instrumentos protetivos existentes no Brasil, como alcançar sua efetividade no contexto do isolamento, afinal, caso a mulher queira denunciar e/ou pedir abrigo em outro local, como justificar a saída de casa para o agressor? Havendo filhos menores de 18 anos, como levá-los consigo ou deixá-los? Esse cenário, sem dúvidas, além de dificultar a constatação e intervenção de terceiro capaz de denunciar a violência, limita também a própria busca de ajuda pela vítima, ocasionando o aumento da subnotificação e a vulnerabilidade da mulher.

Tal cenário chamou a atenção da Ordem dos Advogados do Brasil que encaminhou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, recomendações para a manutenção e ampliação do acesso às medidas protetivas, alertando que "muitas mulheres estão confinadas com seus agressores, expostas a violência que vem sendo agravada em função do isolamento social, sendo que, nesse contexto, torna-se ainda mais difícil amigos e familiares observarem lesões corporais, alteração comportamental ou simplesmente o sumiço de mulheres".[28]

Dentre as recomendações, a OAB propôs ao CNJ a prorrogação automática e o deferimento por prazo indeterminado das medidas protetivas de urgência, a execução de campanhas com cartazes informativos em farmácias, bancos e supermercados, além das redes sociais, e o monitoramento dos casos com a divulgação periódica dos dados de ocorrências e medidas concedidas. Ao Ministério, por sua vez, além das campanhas recomendadas ao CNJ, a OAB também propôs a

---

[28] Disponível em: <https://oab.jusbrasil.com.br/noticias/830949543/oab-sugere-ao-cnj-e-ao-ministerio-da-mulher-medidas-para-combater-violencia-domestica-na-quarentena?ref=news_feed>. Acesso em 03 de julho de 2020.

realização de uma campanha nacional com o alerta sobre o atual aumento da violência doméstica e familiar no Brasil, com a divulgação dos canais de denúncia e outros meios de auxílio, a implantação das delegacias digitais e móveis para registro de ocorrências e pedidos de medidas protetivas, a ampliação dos mecanismos de denúncia pelos órgãos institucionais, a exemplo de *whatsapp* e outros aplicativos.

As recomendações versam, de um modo geral, sobre a necessidade de ampliar o acesso ao Judiciário e à autoridade policial, garantindo as medidas protetivas de urgência e promovendo campanhas de conscientização, tendo em vista a existência de uma "pandemia dentro da pandemia"[29] que, conforme também alertou a ONU Mulheres no Brasil, "se não for tratada, essa pandemia invisível também aumentará o impacto econômico da Covid-19. O custo global da violência contra as mulheres já havia sido estimado em aproximadamente US$ 1,5 trilhão. Esse número só pode aumentar à medida que a violência aumenta agora e continua após a pandemia".[30]

Uma problemática, portanto, também pandêmica que além de constituir violação aos direitos humanos, impacta as relações familiares e a sociedade como um todo, carecendo de um olhar não apenas do Poder Legislativo, mas do Executivo, do Judiciário e da sociedade em geral, notadamente o setor privado, para a adoção de medidas de enfrentamento enquanto necessidade premente. A ampliação, por exemplo, de políticas públicas de abrigamento, de auxílios emergenciais, de ampliação das linhas de ajuda, além das medidas recomendadas pela OAB, também podem constituir um caminho concreto de enfrentamento. Assim considera a ONU Mulheres no Brasil:

---

[29] Disponível em: <https://oab.jusbrasil.com.br/noticias/830949543/oab-sugere-ao-cnj-e-ao-ministerio-da-mulher-medidas-para-combater-violencia-domestica-na-quarentena?ref=news_feed>. Acesso em 03 de julho de 2020.
[30] Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>. Acesso em 03 de julho de 2020.

> As linhas de ajuda, o apoio psicossocial e o aconselhamento on-line devem ser aprimorados, usando soluções baseadas em tecnologia como SMS, ferramentas e redes on-line para expandir o apoio social e alcançar mulheres sem acesso a telefones ou internet. Os serviços policiais e de justiça devem se mobilizar para garantir que os casos de violência contra mulheres e meninas tenham alta prioridade, sem impunidade para os autores. O setor privado também tem um papel importante a desempenhar, compartilhando informações, alertando a equipe sobre os fatos e os perigos da violência doméstica e incentivando medidas positivas, como compartilhar responsabilidades de cuidados em casa. A Covid-19 está nos testando de maneiras que a maioria de nós nunca experimentou anteriormente, fornecendo choques emocionais e econômicos que estamos lutando para superar. A violência que está emergindo agora como uma característica sombria dessa pandemia é um espelho e um desafio aos nossos valores, nossa resiliência e humanidade compartilhada. Devemos não apenas sobreviver ao coronavírus, mas emergir renovadas, com as mulheres como uma força poderosa no centro da recuperação.[31]

Não se trata, portanto, de afirmar que o arcabouço legislativo não é suficiente, mas de, em face de uma situação de atipicidade nunca prevista, adotar outros caminhos para além da norma posta, em atenção ao dever constitucional do Estado de criar mecanismos capazes de combater a violência ocorrida no âmbito das relações familiares, mas também ao princípio da solidariedade enquanto direcionamento para toda a sociedade.

À despeito do que fora exposto, neste breve artigo, com fundamento nos estudos desenvolvidos, quanto ao arcabouço legal existente no país para o enfrentamento da violência contra as mulheres, em que pese os importantes instrumentos de proteção nele apresentados, tem-se que ainda há muito o que se avançar para que haja maior tutela dessas mulheres em situação de extrema vulnerabilidade, não se limitando à questão, a promulgação de novas leis.

---

[31] Ibidem.

Diga-se, também, que na tentativa de tornar a rede de proteção mais eficiente, no dia 17 de junho, CNJ publicou a Recomendação nº 67[32], dispondo sobre a adoção de medidas urgentes, a serem adotadas durante a pandemia para a proteção da integridade física, psíquica das mulheres vítimas de violência doméstica.

No cerne da Resolução, encontra-se uma série de medidas visando a facilitação do pedido de socorro por parte dessas mulheres, a partir de uma integração maior entre os tribunais de justiça e as secretarias de segurança pública das unidades da federação, para que seja facilitado e se dê maior celeridade aos trâmites dessas questões.

Contudo, acredita-se que esta situação de violência contra as mulheres, sensivelmente agravada pela pandemia da COVID-19, encontra-se longe de experimentar abrandamento em razão de múltiplos fatores. Dentre estes, pode-se destacar a própria dificuldade de afastamento do agressor do lar, resultando, inclusive em recomendação ao STJ, aos Tribunais de Justiça e aos Magistrados, especial atenção na expedição de mandados de prisão, alvarás de soltura e dos seus respectivos cumprimentos, na hipótese de crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra as mulheres em razão das suspensões prisionais, devendo nesses casos a vítima ser informada mediante contato telefônico ou mensagens de *whatsapp* ou aplicativo similar.

Ademais, deve haver uma maior interação entre os juízos da violência familiar e os juízos de famílias para que seja possível a identificação das múltiplas faces de violência, muitas vezes, ocultada pela própria vítima.

Enfim, respondendo ao questionamento proposto, acredita-se que a grande problemática no enfrentamento da violência contra a mulher reside no campo da eficácia das leis já existentes. Não se trata da necessidade de novas leis, mas sim do aprimoramento de mecanismos

---

[32] Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Recomendacao672020_17062020_DJE190_1906 2020(1).pdf >. Acesso em 03 de julho de 2020.

para sua eficiente aplicação, especialmente, no contexto de confinamento impositivo, decorrente da pandemia da COVID-19, tendo em vista o aumento da invisibilidade da problemática, bem como as limitações decorrentes do isolamento social.

Além disso, considera-se que a análise da problemática carece de um olhar interdisciplinar e intersetorial, não sendo a legislação o único meio necessário para o seu enfrentamento. Inclusive, para a própria concretização das garantias normativas. O enfrentamento através de políticas públicas que ampliem o acesso à Justiça e prestem maior assistência às mulheres em situação de violência, enquanto medidas prioritárias no plano estatal, somadas à ações de conscientização e auxílio pelo setor privado, podem se constituir caminhos possíveis para um maior enfrentamento da violência contra as mulheres no âmbito das relações familiares.

REFERÊNCIAS

10DAILY. Disponível em: <https://10daily.com.au/news/australia/a200326zyjkh/domestic-violence-spikes-during-coronavirus-as-families-trapped-at-home-20200327>.

BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-52063755>.

CHANNEL NEWS ASIA. Disponível em: <https://www.channelnewsasia.com/news/commentary/coronavirus-covid-19-family-violence-abuse-women-self-isolation-12575026>.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DATAFOLHA. Pesquisa Nacional de Vitimização: questionário Senasp. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/upload/

2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf>.

DATASENADO. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais Civil na Lei Maria da Penha (VIOLÊNCIA Doméstica e Familiar contra a Mulher). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Responsabilidade*: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

EURONEWS. Disponível em: <https://www.euronews.com/2020/03/28/domestic-violence-cases-jump-30-during-lockdown-in-france>.

IPEA. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar) Brasília, março de 2014.

MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OAB. Disponível em: <https://oab.jusbrasil.com.br/noticias/830949543/oab-sugere-ao-cnj-e-ao-ministerio-da-mulher-medidas-para-combater-violencia-domestica-na-quarentena?ref=news_feed >.

ONU MULHERES. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>.

STF. *Acórdão ADC 19/DF*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=571949>.

STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296735&num_registro=201303555858&data=20140407&formato=PDF>.

THE GUARDIAN. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2020/mar/28/lockdowns-world-rise-domestic-violence>.

WALKER, Lenore E. A. **The Battered Woman**. New York, Harper & Row, 1979.

PARA ALÉM DA PANDEMIA COVID-19: o Sistema de Justiça como instrumento de violência simbólica em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e de guarda compartilhada

Soraia Mendes[*]

Atendendo a acolhedor convite formulado pelas doutoras Larissa Maria Leal, Coordenadora em Direito de Família da Escola Superior da Advocacia Nacional e Lorena Guedes Duarte, Presidenta da Comissão de Direito de Família e Sucessões do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aceitei a difícil tarefa de, como advogada e acadêmica notadamente voltada às questões que envolvem os direitos das mulheres desde uma perspectiva de direito público, refletir sobre o período da pandemia COVID-19 e a violência doméstica e familiar em uma publicação como esta, voltada ao direito privado.

A empreitada, portanto, não é fácil. Daí porque, após muito refletir, não encontrei outro o caminho para pensar o presente, senão o de revisitar o passado. De maneira que principio este texto citando *Efésios*, 5:21, segundo o qual a ordem do Senhor ditava: *"Sede submissos uns aos outros no temor de Cristo, as mulheres aos homens como ao Senhor"*. Com essa frase, no final da Idade Média (re)firmava-se a ideia de que um bom casamento era a comunhão entre um homem e uma mulher, na medida em que o homem governava e a mulher obedecia incondicionalmente (OPTIZ, 1990, p. 366).

De fato, nas biografias religiosas de mulheres do final do período medieval é comum serem encontradas com frequência

[*] Pós-doutora em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela UFRJ. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Mestra em Ciência Política pela UFRGS. Advogada. Autora de diversas obras dentre as quais Criminologia Feminista: novos Pardigmas (Ed. Saraiva) e Processo Penal Feminista (Ed. Atlas).

expressões que aludem à posição subalterna da esposa. Sendo que, por outro lado, conforme os biógrafos de homens deste mesmo tempo, percebe-se a violência e o controle que estes exerciam sobre o modo de vida de suas esposas como o corriqueiro e desejável.

A união entre um homem e uma mulher marcava-se, portanto, pelo poder masculino e pela submissão feminina, garantidos, dentre outras, também pelas estruturas judiciais disponíveis à época. Sendo possível perceber pelos processos do Tribunal do Oficio parisiense (uma instância episcopal que se ocupava sobretudo de questões familiares), que nos séculos XIV e XV os casos de litígio mais frequentes giravam em torno da violência por parte do marido. Segundo OPTIZ, "um indício de que reinava também nos círculos não nobres a convicção de que os maridos possuíam um direito absoluto de castigo" (1990, p. 367).

A posição de comando absoluto do marido, referendada por autoridades eclesiásticas e laicas, constitui, nesta época, o ideal da sociedade masculina. E, como retrata a história, os casos criminais do final da Idade Média provam a dureza que esta estrutura de poder patriarcal impunha sobre as mulheres. Nas palavras de OPTIZ (1990, p. 367):

> Com efeito, os maridos constituíam a primeira instância de controlo social das suas mulheres, e isto não era apenas determinado pelas disposições legais redigidas a partir do século XIII; os decretos canónicos que convertem o marido em chefe de sua mulher reforçavam também a responsabilidade e as possibilidades de controlo por parte do "senhor e mestre". Este monopólio de poder encontra a sua expressão mais nítida no direito que o marido tinha de castigar a mulher, que as autoridades laicas e eclesiásticas fixavam, e no privilégio masculino de ser infiel sem consequências.

Dentro deste contexto de violência "legítima", ser uma mulher de família era ser também mãe, e ser mãe era exercer uma função pedagógica (embora condicionada) em relação aos filhos (VECCHIO, 1990, p. 174).

É bem verdade a noção de família em muito mudou desde os tempos remotos mencionados, podendo significar a coexistência sob o mesmo teto de pai/mãe, avó/avô, tios/tias, primos/primas e/ou irmãos/irmãs, mãe/mãe, pai/pai vivendo sob o mesmo teto. Ou mesmo, como esclarece DIAS (2011), um arranjo a envolver um grupo de pessoas unidas não por laços de parentesco civil, mas por enlaces de amizade ou, até mesmo, interesse econômico. Assim como também é fato que, de um modo geral, sob a perspectiva feminista, a crítica às conceituações de família não conduziram a uma definição de "família", mas antes à contestação da ideia de um modelo único e estático de família (DEVREUX, 2009, p. 96). O que foi (é) um grande avanço.

Contudo, mesmo sendo outra(s) a(s) família(s), as relações que se estabelecem em seu interior permanecem profundamente marcadas pelo mito da responsabilidade materna quanto à educação e os cuidados com os/as filhos/as, e pela subordinação das mulheres, não raro pela violência. Isto é: seja qual for o modelo familiar, este ainda é um *lócus* de poder e dominação masculino, um espaço de poder selvagem (FERRAJOLI, 2006), no qual impera a lei do mais forte mediante a violência, seja ela física, sexual, psicológica, moral e/ou patrimonial.

Mirando agora o sistema de justiça como um todo nos dias atuais, é possível perceber que, assim como o Tribunal do Ofício parisiense serviu como uma instância legitimadora do poder masculino e da submissão feminina, a práxis judiciária contemporânea, que aloca em diferentes compartimentos (quase incomunicáveis) as demandas decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher e as atinentes ao término da relação conjugal, no mais das vezes, tacitamente acaba por acirrar o conflito e a aumentar os riscos de que novos atos de violência contra a mulher sejam perpetrados, quiçá, em intensidade ainda maior. E não somente isso, mas também configurando-se como uma instância de violência simbólica legitimadora do poder masculino.

Tal como já dissemos eu e a mestra em direito e Delegada da Mulher Patrícia Burin em artigo recentemente publicado[1] “a casa historicamente nunca foi um lugar de refúgio seguro para as mulheres”. Pelo contrário. E aí está a razão pela qual não poucas as vezes termos nos dedicamos em nossas pesquisas, livros e em nossas lidas diárias, como advogada e delegada de polícia que somos, a reiterar que o lar sempre foi muito pouco “doce” para meninas, esposas, companheiras, mães, avós. Ser mulher e estar, hoje, em razão da pandemia, impedida de sair à rua é, como escrevemos em repetidas ocasiões, estar encarcerada sob a vigilância e violência daquele que se converte no pior dos carcereiros.

Todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto tais), como ensina Ferrajoli, leis dos mais fracos que se põem em alternativa às leis dos mais fortes que vigoram na sua ausência. E, nesta ordem de ideias, em primeiro lugar está o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.

Como diz Ferrajoli (2011, p. 107), é exatamente porque os direitos fundamentais são sempre leis dos mais fracos contra a lei dos mais fortes, que esses têm validade como direitos do indivíduo para proteger as pessoas também – e acima de tudo – contra as suas culturas, e, até mesmo, contra suas famílias: a mulher contra o pai e o marido, o menor contra os pais, e, em geral, os oprimidos contra suas culturas opressivas.

É neste sentido que o direito à proteção se coloca como um vetor estruturante a partir do qual devem ser deduzidas as necessidades de atuação do direito (seja ele público ou privado), nas situações que

[1] MENDES, Soraia. BURIN, Patrícia. Combate à violência doméstica: É possível avançar em tempos de covid 19? **Migalhas**. Disponível em: https://www.migalhas.com .br/depeso/324439/combate-a-violencia-domestica-e-possivel-avancar-em-tempos-de-covid-19. Acesso em: 05 jul. 2020.

envolvem a violência de gênero; ou, mais especificamente, a violência doméstica e familiar contra a mulher.

É preciso que se compreenda que em casos de violência doméstica o objetivo fundamental não é nem tanto, prioritariamente, o de ferir, mas o demarcar poder e autoridade (BANDEIRA e THURLER; 2009, p. 163). O que muitas vezes se dá com o recurso do agressor ao sistema de justiça na medida em que a esfera judicial é incapaz compreender sistemicamente a violência de gênero em todos os seus vieses, inclusive o simbólico, envolvido em uma disputa de guarda, por exemplo.

Partindo, portanto, de todo esse arcabouço é que agora tomo a ousadia de dizer que, normalmente, a disputa pelos/as filhos/as nas varas de família são um reflexo da multifacetada violência de que a mulher é vítima no âmbito doméstico nos marcos de um sistema de custódia (MENDES, 2017) que a cerceia pelos mais diversos mecanismos, desde a família até suas relações com o Estado, notoriamente em sua atuação como sistema de justiça.

Em que pese a ampla competência dos juizados ou varas de violência doméstica e familiar contra a mulher, em diferentes Estados brasileiros as ações de natureza de família, mesmo quando decorrentes de violência doméstica não correm perante estas varas especializadas. E o que é mais grave: de regra, ainda que admissível seja que a competência de família sobreleve-se, não há sequer um canal formal de comunicação entre os/as magistrados/as que deferem medidas protetivas de, por exemplo, proibição de aproximação, e os/as juízes/as que determinam a guarda compartilhada dos/as filhos/as.

Eis aí o ponto nevrálgico da problemática que gira em torno das searas de família e a violência doméstica e familiar. Isto é: para além da discussão sobre os reflexos da guarda compartilhada, está a incompreensão sistêmica de que a violência doméstica não se compartimentaliza neste ou naquela instância decisória. E mais: de que tal práxis, ainda comum em vários Tribunais brasileiros, menospreza o

aspecto simbólico que a violência contra a mulher assume em uma situação de conflito doméstico.

É fato que a guarda compartilhada, ao passo que estabeleceu a obrigatoriedade desse modo de corresponsabilidade com os filhos e/ou filhas, mesmo quando não houver acordo entre pai e mãe, teve como elemento positivo o objetivo de propiciar o livre exercício dos direitos referentes à maternidade e à paternidade e de buscar evitar a alienação parental.

Contudo, nas disputas pela guarda dos/as filhos/as, o "cuidado" com estes muitas vezes reacende pontos de tensão, na medida em que demanda o contato constante entre genitor e genitora nas situações cotidianas marcadas pela violência senão física, moral e psicológica. Contendas essas que suscitam questões a serem analisadas para além dos cuidados com as crianças, pois quando a violência doméstica se mostra presente, o compartilhamento da guarda transcende o "desejo de cuidado", mas reflete sim o exercício de poder.

Concordo integralmente com Oliveira (2015), quando, a partir de sua pesquisa sobre o princípio do melhor interesse do menor (criança ou adolescente)[2] constata que:

> A utilização deste princípio no discurso oficial, na concepção clássica acima enunciada, pode refletir o "mito da mulher mãe". Conforme Badinter (1985, p. 338), no cuidado com os/as filhos/as, há uma dualidade de papéis atribuídos as mulheres, quais sejam o materno (centralizado na casa) e o feminino (voltado para o espaço público). Embora se tenha uma crença acerca da complementariedade entre estes dois papéis, se houver antagonismo "a única solução sugerida para pôr fim ao conflito dos dois papéis é eliminar um deles, ou seja, o trabalho feminino fora do lar".

---

[2] O princípio do melhor interesse do menor (criança ou adolescente) está previsto tanto na Convenção Internacional de Haia (1993), no Pacto de São José da Costa Rica (1969), quanto, no plano do direito interno, no artigo 227 da Constituição de 1988, bem como no ECA e nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002.

Quer parecer ser invisível aos olhos de quem sustenta tão somente a proteção do interesse do menor em um processo de família que a violência não atinge somente a mulher, mas a todos/os que com ela se relacionam, muito especialmente, os/as filhos/as. Como apontam DINIZ e ANGELIM (2008, p. 26-27):

> Crianças e adolescentes que crescem em contextos de violência frequentemente apresentam uma série de dificuldades pessoais e interpessoais. É comum a presença de ansiedade, medo, depressão. Podem surgir distúrbios de aprendizagem e de comportamento – falta de atenção, queda de rendimento escolar, irritabilidade e agressividade com os colegas.

O instituto da guarda compartilhada é, como sói acontecer a qualquer um outro instrumento jurídico, só aparentemente neutro, pois não é insípida, incolor e inodora a atuação judicial que, a persistir compartimentada como vem sendo, além de apenas por fim a processos transforma-se em uma fonte potencializadora de mais violência não só contra a mulher, mas também contra as crianças e adolescentes envolvidos.

Em síntese, de tudo o que podemos perceber nesta viagem do passado ao presente que propus fazermos neste texto a partir das interfaces entre o público e o privado é que, como também já tive oportunidade de dizer em outro lugar[3], se é certo que o contexto da pandemia da Covid-19 intensificou a violência contra mulheres e meninas em razão do confinamento, por outro lado, não foi ela que a criou. Pelo contrário, a violência neste caso é uma "pandemia silenciosa" para qual o sistema de justiça contribui em muito na medida em que atua

[3] MENDES, Soraia. **Violência contra a mulher e o novo normal.** GenJurídico. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/06/16/violencia-contra-mulher-e-o-novo-normal/. Acesso em: 05 jul. 2020.

de forma insensível à violência de gênero existente inclusive no que parece "o melhor" no campo do direito de família.

REFERÊNCIAS

ANGELIM, Fábio Pereira; DINIZ, Gláucia. Violência Doméstica – Por que é tão difícil lidar com ela? **Revista de Psicologia da UNESP**, 2(1), 2003, p. 20-35.

BANDEIRA, Lourdes. THURLER, Ana Liési. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues. SANTOS, Claudiene. **Violência Doméstica:** vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. Pp. 159-167.

DEVREUX, Anne-Marie. Família. In: HIRATA, Helena et al. (orgs.). **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: UNESP, 2009. p. 97-101.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

___________. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Soraia. BURIN, Patrícia. **Combate à violência doméstica: É possível avançar em tempos de covid-19?**. Migalhas. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/depeso/324439/combate-a-violencia-domestica-e-possivel-avancar-em-tempos-de-covid-19. Acesso em: 05 jul. 2020.

MENDES, Soraia. **Violência contra a mulher e o novo normal.** Gen Jurídico. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/06/16/violencia-contra-mulher-e-o-novo-normal/. Acesso em: 05 jul. 2020.

MILLET, Kate. **Política Sexual**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1974.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira. "**Se Você Ficar com Nossos Filhos, Eu Te Mato!**": Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. Universidade de Brasília: 2015 (Dissertação).

OPTIZ, Claudia. O Quotidiano da Mulher no Final da Idade Média (1250-1500). In: PERROT, Michelle. DUBY, Georges. (orgs.). **História das Mulheres no Ocidente**. Vol.2. Idade Média. Porto: Afrontamento, 1990. p. 353-435.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de Gênero:** poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

VECCHIO, Silvana. A Boa Esposa. In: PERROT, Michelle. DUBY, Georges. (orgs.). **História das Mulheres no Ocidente**. Vol.2. Idade Média. Porto: Afrontamento, 1990. p. 143-184.

Capítulo 7 - Desjudicialização no Direito de Família e Sucessões: problemas específicos em tempo de pandemia

DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES: problemas específicos em tempo de pandemia

Vitor Frederico Kümpel*
Natália Sóller*

Em tempos de pandemia, o Direito vem tentando se adaptar às mudanças sociais, visando sanar problemas decorrentes dessa atual situação mundial e auxiliar com a resolução das dificuldades encontradas. As relações civis, inclusive no que tange às de família e sucessões, sofreram impactos com a pandemia e novas discussões sobre problemas específicos surgem a cada dia.

Neste artigo, pretende-se buscar uma solução para as seguintes questões apresentadas, esclarecendo-se o papel da atividade notarial e registral em relação aos temas e como vem se comportando o Conselho Nacional de Justiça na regulamentação da atividade para as problemáticas antes e depois da pandemia: 1. Pode o oficial de registro civil de pessoas naturais exercer controle administrativo, considerando dispensada a via judicial, sobre a escolha de nome efetuada pela pessoa transgênero no momento da alteração de gênero no assento do registro civil?; 2. Como se efetiva o direito à mudança de gênero e nome da pessoa transgênero por via extrajudicial durante a pandemia de COVID-19?; 3. Qual a contribuição do CNJ na regulamentação das relações de filiação e seus efeitos?

Pois bem.

---

* Vitor Frederico Kümpel é Doutor em Direito pela USP, Juiz da 27ª Vara Cível do Fórum João Mendes-SP e coordenador da Pós-Graduação em Direito Notarial e Registral da Damásio Educacional.
* Natália Sóller é advogada e pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Damásio Educacional.

Inicialmente, cumpre relembrar que a alteração de nome e gênero por transgênero foi regulamentada pelo Provimento nº 73 do CNJ, de 28 de junho de 2018. O referido Provimento foi instituído a fim de efetivar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de alteração de nome e gênero no assento de nascimento sem a necessidade de realização prévia de cirurgia de redesignação de sexo.

O julgamento da ADI nº 4.275[1] estabeleceu que o art. 58 da Lei nº 6.015/1973[2] (Lei dos Registros Público) deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, no sentido de ser plenamente viável a alteração de prenome e gênero no Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

Na sequência, o Provimento nº 73 do CNJ estabeleceu as regras para o requerimento de mudança diretamente no Registro Civil das Pessoas Naturais, determinando quais são os documentos necessários a

---

[1] No mesmo sentido, foi fixada a tese no julgamento de repercussão geral do RE 670422, Rel. Dias Toffoli, j. 14.08.2018: "1. O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil. Não se exige, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial quanto pela via administrativa.
2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'.
3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.
4. Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício, ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros dos órgãos públicos ou privados, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos."

[2] Art. 58 da Lei nº 6.015/1973: "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998) (Vide ADIN Nº 4.275).
Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 9.807, de 1999)".

serem apresentados ao oficial, bem como os limites dessa alteração e do controle exercido pelo registrador.

Em relação à escolha do nome pelo transgênero, o oficial deverá exercer o controle administrativo, diretamente na serventia, nos mesmos limites de qualquer outra escolha de nome. O Provimento e a legislação sobre os registros públicos dispensam a atuação judicial sobre o controle na escolha do nome, visto que isso é uma obrigação intrínseca à própria atividade de registro civil.

Em linhas gerais, o oficial tem a obrigação legal de zelar por três situações: a aposição de um nome completo, ou seja, que englobe prenome e sobrenome; evitar a existência de homonímias; e impedir o registro de um nome que exponha a pessoa ao ridículo. O controle sobre todas essas situações também é realizado administrativamente, sem qualquer necessidade de intervenção judicial.

Como se sabe, a escolha do prenome é livre pelos genitores ou pelo próprio interessado (como no caso do transgênero). É uma prática comum, inclusive, que o oficial peça para o interessado escrever de próprio punho no verso da DNV, ou de outro documento apresentado no requerimento de registro, o nome por ele indicado, a fim de evitar reclamações futuras de que a aposição do nome teria se dado de forma errônea pelo registrador.

Já o sobrenome deve seguir o familiar, devendo-se apor o materno ou o paterno, ou ambos, em qualquer ordem. Não é permitida a “invenção” de um sobrenome. Inclusive, caso o interessado não declare sua preferência, caberá ao próprio oficial apor o apelido dos ascendentes no registro[3]. Ainda, o oficial deve orientar os interessados sobre a conveniência de acréscimos de prenomes ou sobrenomes para evitar homonímias sempre que detectar a aposição de nomes muito comuns[4].

---

[3] KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral.** São Paulo: YK, 2017. p. 617. v. 2.

[4] Idem.

Ainda, quando o oficial detectar a aposição de um nome pelo interessado que possa levar seu portador à exposição ao ridículo ou extremo desconforto, deverá recusar o registro. Caso o interessado não se conforme com a recusa, o oficial suscitará dúvida, remetendo o caso para a apreciação do Juiz Corregedor competente[5]. Ressalte-se que o procedimento de suscitação de dúvida também ocorre na via administrativa, sem qualquer intervenção jurisdicional (a atuação do juiz, como dito, é só na via administrativa).

Surge, no entanto, uma discussão sobre a exposição ao ridículo no requerimento de alteração de nome pelo transgênero. O art. 3º, *caput*, do Provimento nº 73 do CNJ possibilitou que o transsexual poderá requerer a alteração de seu nome e/ou seu gênero, ou seja, de um deles ou de ambos: “A averbação do prenome, do gênero ou de ambos poderá ser realizada diretamente no ofício do RCPN onde o assento foi lavrado”.

Dessa forma, percebe-se que houve uma desvinculação do nome ao gênero, deixando-se o interessado livre para requerer a mudança de seu registro para constar um nome feminino com o gênero masculino ou vice-versa. Num exemplo prático, é possível que a pessoa inicialmente do sexo feminino, que se reconheça como transgênero, requeira a alteração de seu nome para “João”, porém permaneça em seu registro a indicação de gênero feminino.

Ainda que o nome escolhido não seja por si só ridículo, o Provimento deu margem para a criação de uma situação paradoxal, que pode ser encarada como ridícula pela sociedade.

Não se trata (e deixa-se isso claro) de qualquer forma de preconceito ou desrespeito aos transgêneros, aos quais se deve sim tutelar a possibilidade de alteração de nome; porém é inviável permitir o desequilíbrio entre o nome e o gênero, na medida em que eles estão diretamente relacionados.

---

[5] Art. 55, parágrafo único, da Lei nº 6.015/1973.

Não se pode negar que existe no Brasil uma diferença entre nomes masculinos e nomes femininos e que essa diferença, justamente, permite a identificação do gênero da pessoa. E isso não configura um preconceito, mas sim algo normal, decorrente dos costumes e idioma do país. Se uma mulher se reconhece transgênero e requer a alteração de seu nome para "João", é óbvio que a sociedade, ao conhecer seu novo nome, acreditará se tratar de alguém do sexo masculino. E, ainda, ao tomarem conhecimento de uma eventual desassociação desses dois elementos, a sociedade poderá ridicularizar a pessoa ou deixá-la em situação desconfortável com perguntas que visem compreender a contraposição.

As pessoas, inclusive, já se incomodam com nomes neutros, tais como "Ariel", "Iraci", etc, que são utilizados para ambos os sexos, justamente porque não conseguem identificar o gênero da pessoa só por seu nome. Imagine, então, a dificuldade que seria criada com a desassociação do nome ao gênero.

Assim, percebe-se que não há o menor sentido, no Brasil atual, em permitir a mudança de um nome feminino para um masculino (ou vice-versa) sem alterar conjuntamente o gênero dessa pessoa e acredita-se que o registrador, diante de um requerimento de alteração de registro baseado no Provimento nº 73 do CNJ, deve zelar em seu controle pelo equilíbrio entre nome e gênero no assento de nascimento, a fim de evitar a exposição da pessoa e a criação de uma situação ridícula fora dos costumes comuns da sociedade.

Em relação ao direito de mudança ao transgênero durante a pandemia, ressalta-se que não houve nenhuma alteração. Muito embora o CNJ tenha determinado a suspensão ou redução do atendimento ao público presencial nas serventias, ficou estabelecido o atendimento pela via remota, por "meio telefônico, por aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz ou outro meio eletrônico disponível"[6]. Além disso, especificamente em relação ao Registro Civil

[6] Art. 1º, §1º do Provimento nº 91 do CNJ.

das Pessoas Naturais, deve haver atendimento presencial obrigatório para a recepção de pedidos urgentes[7].

Dessa forma, o transgênero poderá normalmente formular o pedido de alteração de nome e gênero ao RCPN pela via remota. Inclusive, todas as disposições do Provimento nº 73 (que regulamenta essa mudança) podem ser adaptadas à distância, na medida em que envolvem, essencialmente, preenchimento de requerimento, envio de documentos e declarações. A própria disposição do art. 3º, § 3º[8], que é a única que exige um ato presencial, pode ser solucionada com uma assinatura eletrônica ou uma chamada de vídeo, por exemplo, entre o oficial e o interessado, para que a assinatura do requerimento ocorra com a fiscalização do registrador.

Defende-se que as serventias extrajudiciais devem, cada vez mais, se beneficiar da tecnologia para a prática dos atos. O serviço prestado pelo serviço de notas e de registros é imprescindível para a sociedade, principalmente o do RCPN, e não há por que serem paralisados pela pandemia. Atualmente, é plenamente viável a digitalização e encaminhamento de documentos por plataformas pré-estabelecidas (como já ocorre), que por si só são suficientes para garantir a segurança deste envio, bem como a realização de vídeo chamadas com o interessado que podem até ser arquivadas em mídia.

Os Registros de Imóveis e os Tabelionatos de Notas, inclusive, já criaram ferramentas eletrônicas para a prática de inúmeros atos, tais como a Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados para a consulta de certidões de matrícula e remessa de títulos para prenotação[9] e o e-Notariado para a consulta de documentos, fornecimentos de assinaturas eletrônicas, etc[10].

---

[7] Art. 1º, §2º do Provimento nº 91 do CNJ.
[8] Art. 3º, §3º do Provimento nº 73 do CNJ: "O requerimento será assinado pela pessoa requerente na presença do registrador do RCPN, indicando a alteração pretendida".
[9] Cf. Provimentos nºs 89 e 94 do CNJ.
[10] Cf. Provimento nº 100 do CNJ.

Infelizmente, ainda se detecta certa rudimentariedade no RCPN, a qual pode (e deve) ser sanada com a melhor utilização da tecnologia. O próprio CNJ já vem regulamentando ferramentas digitais para as serventias extrajudiciais, as quais, com toda certeza, precisam ser aproveitadas no Registro Civil, com a melhor utilização da CRC (Central de Informações do Registro Civil), até mesmo para garantir os direitos dos cidadãos, como a possibilidade de requerimento de alteração de nome e gênero pelo transgênero.

Essas práticas, inclusive, devem ser mantidas em todas as serventias mesmo após o término do da pandemia. A tecnologia nos gera uma praticidade e segurança que deve ser aproveitada e deve-se abandonar o costume da obrigatoriedade comparecimento físico aos lugares. A adoção da "virtualidade" dos serviços de forma definitiva poupará tempo, gastos e, até mesmo, a disseminação de novas doenças.

Por fim, deve-se destacar além de toda a regulamentação possibilitando a alteração de nome do transgênero diretamente no RCPN e das medidas adotadas para garantir o funcionamento imprescindível das serventias extrajudiciais durante a pandemia, a enorme contribuição do CNJ às relações de filiação e seus efeitos.

Ao longo dos últimos anos, o CNJ se preocupou em cobrir omissões legislativas ou complementá-las da melhor forma, visando garantir aos cidadãos o cumprimento de seus direitos básicos. Pode-se destacar alguns Provimentos relevantes que efetivaram essas garantias.

O Provimento nº 13/2010 criou as unidades interligadas, que possibilitam a emissão de certidões de nascimento diretamente nos estabelecimentos de saúde que realizam partos; o Provimento nº 16/2012 possibilitou a recepção no RPCN de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores; o Provimento nº 28/2013 regulamentou de forma bastante completa o procedimento para o registro tardio de nascimento; o Provimento nº 46/2015 instituiu a CRC, facilitando o intercâmbio de documentos por meio eletrônico

entre as serventias de registro civil, o que previne fraudes em registros; o Provimento nº 63/2017 que possibilitou o registro da paternidade/maternidade socio afetiva e regulamentou o registro dos filhos havidos por reprodução assistida; e o próprio Provimento nº 73/2018, que permitiu a alteração de nome de transgênero diretamente na serventia.

Pode-se perceber, assim, o forte trabalho do CNJ nesses últimos anos principalmente no que diz respeito às questões de filiação. Houve uma preocupação desde evitar a ausência de registro ou o subregistro, até permitir a parentalidade socioafetiva. Não se pode deixar de mencionar com destaque também o esforço para garantir a completude do registro, e não só sua existência.

O CNJ tenta prevenir os registros incompletos, que são inúmeros no Brasil, sem a indicação de paternidade. Facilitar o reconhecimento e indicação de filiação é um avanço social, na medida em que protege a criança, garantindo-lhe a possibilidade de cobrança de alimentos ao genitor indicado em seu registro e a sua inclusão social, sem brechas para descriminação por não ter conhecimento de seus genitores.

Assim, pode-se concluir a presente reflexão observando a importância do papel do CNJ na regulamentação da atividade notarial e registral, de forma prática e efetiva, principalmente no que diz respeito a garantir o acesso dos cidadãos aos seus direitos. Ressalva-se, contudo, que o órgão deve continuar se atentando à necessidade do melhor aproveitamento da tecnologia nas serventias, sobretudo no Registro Civil de Pessoas Naturais, que desempenha função de extrema importância social e ainda permanece com certas rudimentariedades prejudiciais tanto à atividade quanto aos próprios cidadãos.

REFERÊNCIAS

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral.** São Paulo: YK, 2017. v. 2.

QUAL A CONTRIBUIÇÃO DO CNJ NA REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO E SEUS EFEITOS?

Renata Cortez Vieira Peixoto*

Como é cediço, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (EC nº 45/2004), promoveu a Reforma do Poder Judiciário e, com a sua implementação, advieram alterações substanciais na organização e no funcionamento Justiça brasileira, dentre as quais se destaca a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Ao CNJ, que é órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A, da Constituição Federal (CF)), compete fiscalizar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, assim como o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, §4º, da CF), além de outras funções, delineadas nos incisos do §4º, do art. 103-B, da Constituição, como a de receber e conhecer das reclamações contra as "serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais" (art. 103-B, §4º, inciso III, da CF).

De outro lado, estabelece o art. 103-B, §4º, inciso I, da CF que o CNJ tem também a atribuição de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo recomendar providências e expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, o que lhe permite expedir atos normativos para os órgãos do Poder Judiciário e, bem assim, para os serviços extrajudiciais, como decorrência da previsão contida no inciso III acima referido.

---

* Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Registradora Civil e Tabeliã no Estado de Pernambuco, Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Registral e Notarial do CERS/Recife e da Pós-Graduação em Advocacia Extrajudicial do IAJUF/Unirios.

Na verdade, antes da EC nº 45/2004, a Constituição[1] já atribuía ao Poder Judiciário a atividade fiscalizatória das atividades notariais e registrais, cuja regulamentação consta da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994[2]. Assim, as funções fiscalizatória e normativa dos serviços notariais e de registro competiam às Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal até a EC nº 45/2004, a qual estendeu tais atribuições ao Conselho Nacional de Justiça, a nível nacional.

Com esteio no pré-falado art. 103-B, §4º, incisos I e III da CF, foi inserida no Regimento Interno do CNJ[3] a sua competência normativa, que prevê a possibilidade de expedição de Provimentos, Instruções, Orientações, Recomendações e outros atos que devem ter por finalidade aperfeiçoar as atividades dos órgãos do Poder Judiciário e também dos serviços notariais e de registro.

Como dito, a mesma competência é atribuída às Corregedorias estaduais, porém, indiscutivelmente, a abrangência da atuação do CNJ estabelecida pela Constituição confere ao referido órgão a função de estabelecer, através de seus atos normativos, regras gerais concernentes à prestação dos serviços notariais e de registro, uniformizando-as em todo o território nacional.

Essa função normatizadora do CNJ tem sido levada a efeito com bastante frequência, verificando-se uma intensificação na expedição de atos normativos relacionados à atividade extrajudicial a partir do ano de 2016[4]. Destaque-se que, em razão da pandemia do COVID-19, nos

---

[1] Vide art. 236, §1º, da Constituição.

[2] Vide arts. 30, inciso XIV, 31, inciso I, 37, caput e 38 da Lei 8.935/94.

[3] Art. 8º, inciso X, do Regimento Interno no CNJ: "expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça".

[4] Podem ser contabilizados pelo menos 18 Provimentos relativos às serventias extrajudiciais pelo CNJ entre os anos de 2010 e 2015. De 2016 até a presente data, foram expedidos mais de 45 Provimentos.

primeiros seis meses do ano de 2020 foram expedidos mais de quinze Provimentos pelo CNJ.

É certo que há discussões doutrinárias no tocante ao papel normativo do Conselho Nacional de Justiça e das Corregedorias-Gerais de Justiça, especialmente quanto aos seus limites, face às competências legislativas definidas na Constituição e à independência dos notários e registradores, que são agentes privados em colaboração com o Poder Público, embora delegatários de uma atividade pública.

A esse respeito, Ricardo Dip[5] leciona que a gestão privada das atividades notariais e registrais não impede a sua normatização externa nem afronta as suas características institucionais, embora isso possa acontecer, caso os preceitos invadam as atribuições reservadas à profissionalidade dos delegatários.

O sobredito jurista[6] elenca os poderes das Corregedorias-Gerais de Justiça estaduais no que se refere às atividades notariais e registrais, dentre os quais a *potestas leges ferendi,* que decorre do art. 30, XIV c/c o art. 38 da Lei 8.935/94, segundo os quais podem ser expedidas normas técnicas pelo juízo competente, a fim de que os serviços sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, tudo com vistas a garantir a segurança jurídica, que seria o fim mas também o limite contentor da potestade das Corregedorias. Nesse sentido, destaca Ricardo Dip[7] que a atividade das Corregedorias não deve substituir a dos delegatários, mas promover seu fomento, complementação e suprimento.

Ainda a respeito dos limites da competência normativa do Poder Judiciário em relação às serventias extrajudiciais, Ricardo Dip[8] elenca, dentre outros, os limites subjetivos e os objetivos.

---

[5] *A natureza e os limites das normas judiciárias do serviço extrajudicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, ps. 53 e 54.
[6] *Idem*, p. 45 a 49.
[7] *Idem*, p. 49.
[8] *Idem*, p. 69 e 70.

Quanto aos limites subjetivos, as normas alcançariam, em princípio, apenas os notários, os registradores e seus prepostos, não se podendo, entretanto, ignorar que, relativamente aos juízes, advogados, promotores e servidores do Judiciário, a despeito da natureza persuasiva dessas normas, podem elas apresentar, na prática, algum grau de compulsoriedade[9].

Finalmente, no que tange aos limites objetivos, seriam eles: a) a lei natural; b) a lei constitucional; c) os direitos postos supralegais; d) as leis subconstitucionais (em acepção lata); e) as normas consuetudinárias e f) a independência jurídica dos delegatários[10].

Entendemos que tais limites também incidem no tocante à competência normativa do Conselho Nacional de Justiça, que deve obediência à Constituição e às leis e deve respeitar a autonomia e a independência jurídica dos notários e registradores.

O CNJ, como afirmado anteriormente, tem competência para editar atos regulamentares, nos termos do art. 103-B, §4º, inciso I, da CF. Se interpretado literalmente tal dispositivo, esses atos regulamentares deveriam ter por escopo tão somente a complementação e a efetivação das leis, restrita a atuação do CNJ, de todo modo, à regulamentação das atividades relacionadas às suas atribuições constantes do texto constitucional[11].

Inobstante, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da ADC 12MC/DF, ao decidir pela constitucionalidade da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, que vedava o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, estabeleceu que o CNJ edita atos normativos de

---

[9] *Idem,* p. 74.

[10] *Idem ibidem.*

[11] DIAS, Maria Tereza Fonseca e MENOSSI, Rita de Cássia. *Os limites da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) face aos serviços notariais de registro*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322678435_OS_LIMITES_DA_COMPETENCIA_NORMATIVA_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTICA_CNJ_FACE_AOS_SERVICOS_NOTARIAIS_E_DE_REGISTRO, capturado em 28.06.2020.

caráter primário, com força de lei, retirando seu fundamento diretamente da Constituição[12].

De todo modo, como asseveram Maria Tereza Fonseca Dias e Rita de Cássia Menossi[13], ainda que se considerem os atos normativos editados pelo CNJ como primários, essa "competência regulamentar está adstrita à área de atuação do Conselho, qual seja, controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário bem como à disciplina de seus integrantes". Ou seja, no âmbito de suas atribuições constitucionalmente previstas, relacionadas direta ou indiretamente à fiscalização do Poder Judiciário e, em consequência, da atuação das serventias notariais e registrais, pode o CNJ editar atos normativos, que, segundo o STF, podem ter caráter primário[14].

De outro lado, não poderia o CNJ expedir atos normativos que não estivessem atrelados às suas competências constitucionais, além da imprescindibilidade de observar o referido órgão as regras pertinentes às competências legislativas, especialmente as contidas no art. 22 da CF,

---

[12] "(...) A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. (...) (ADC 12 MC, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)

[13] *Os limites da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) face aos serviços notariais de registro*. Disponível: https://www.researchgate.net/publication/322678435_OS_LIMITES_DA_COMPETENCIA_NORMATIVA_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTICA_CNJ_FACE_AOS_SERVICOS_NOTARIAIS_E_DE_REGISTRO, capturado em 28.06.2020.

[14] É importante ressaltar que a decisão do STF na ADC 12 MC refere-se a uma resolução, não havendo decisão no mesmo sentido relativa a Provimentos do CNJ.

que prevê a competência privativa da União para legislar, dentre outros temas, sobre direito civil, direito processual e sobre registros públicos[15], assim como a competência legislativa dos Estados, com iniciativa reservada aos respectivos Tribunais de Justiça, prevista no art. 96, I, b, e II, b, da CF.

A sua competência normativa – no escopo de regulamentar a atividade notarial e registral – teria de estar em consonância com a legislação federal e mais: não poderia inovar no ordenamento jurídico, invadindo a competência legislativa de outros entes prevista na CF, sob pena de violação ao princípio da reserva de lei e, em consequência, ao princípio da separação dos poderes.

Esse entendimento restou consagrado na ADI 5855[16]. Em decisão interlocutória proferida em 26 de fevereiro de 2018, o Relator, Min. Alexandre de Moraes, concedeu medida cautelar, que foi posteriormente referendada pelo Plenário do STF (em 15.05.2018), para determinar a suspensão da eficácia do Provimento nº 66/2018 do CNJ[17], que previa a celebração de convênios pelos ofícios do registro civil para a prestação de serviços remunerados não especificados em lei.

Segundo o Min. Relator, apesar da orientação do Supremo no sentido de que o CNJ tem competência constitucional primária para o exercício de sua competência normativa no âmbito do Poder Judiciário, "(...) a prestação de serviços remunerados não especificados em lei não pode ser disciplinada por atos infralegais, ainda que editados pelo CNJ"[18].

---

[15] Incisos I e XXV.

[16] Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Republicano Brasileiro (PRB) em face do art. 29, §§3º e 4º, da Lei Federal 6.015/1973, com a redação dada pela Lei Federal 13.484/2017, dispositivos que facultam aos ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais de todo o país a prestação de serviços remunerados mediante a celebração de convênios, credenciamento ou matrícula com órgãos públicos e entidades de outra natureza.

[17] O Provimento foi editado pelo CNJ durante a tramitação da ADI 5855 e foi incluído em seu objeto.

[18] Segue trecho da decisão, *verbis*: "(...) as matérias que a Constituição submeteu à reserva de lei não podem ser objeto do exercício do poder normativo fundado no art.

Em suma, o CNJ não pode regulamentar matérias que são submetidas ao princípio da reserva legal, sob pena de inconstitucionalidade; nem pode, através de seus atos normativos, prever regras que contrariem frontalmente o texto da lei, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Há quem entenda que alguns dos atos normativos do Conselho Nacional de Justiça relativos à atividade notarial e registral violam as regras sobre competência legislativa estabelecidas na Constituição ou regulam temas em manifesta contrariedade a texto de lei[19].

103-B, § 4º, da CF, pois, do contrário, estar-se-ia violando a competência constitucional do Poder Legislativo, em desrespeito ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF). No caso, a Constituição reservou à lei em sentido formal a regulamentação dos serviços notariais e de registro, sua fiscalização e remuneração (art. 236, §§ 1º e 2º, da CF), em razão do que não poderia o CNJ editar norma ampliando as atribuições legais desses órgãos". Posteriormente, é bom que se diga, com a interpretação conforme a Constituição dada pelo Supremo ao §3º do art. 29 da Lei 6.015/1973, e com a declaração de nulidade parcial, com redução de texto, da expressão "independe de homologação", contida no §4º do art. 29 da Lei 6.015/1973, o Provimento 66/2018 do CNJ foi declarado constitucional pelo STF, mas as conclusões anteriormente delineadas na decisão proferida na medida cautelar não foram afastadas.

[19] Juliana Falci Sousa Rocha Cunha e Virgínia Afonso de Oliveira Morais da Rocha (In: *O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo: reflexões à respeito da decisão do STF e da Resolução n. 175 do CNJ*, disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=83972220c2352bdc, capturado em 29.06.2020), por exemplo, analisam a Resolução 175/2013 do CNJ, que estabeleceu vedação às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. As autoras, embora reconheçam que a Resolução é um relevante ato normativo, porquanto efetiva direitos das minorias, consideram que a referida norma invade a competência do Poder Legislativo para regular a matéria concernente à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, extrapolando, inclusive a decisão do Supremo proferida na ADI n. 4.277/DF e na ADPF n. 132/RJ, que consagrou a possibilidade da união estável entre casais homoafetivos. Elas entendem que a conversão da união estável em casamento seria possível, a partir de uma interpretação sistemática da decisão do Supremo e da Constituição, que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento, mas não o casamento direto. Sobre o tema, tramita no Supremo a ADI 4966, que busca exatamente a declaração de inconstitucionalidade da referida Resolução. Outro tema mais recente que tem ocasionado debates refere-se ao Provimento 100/2020 do CNJ, que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos.

Inobstante tais críticas, é certo que o CNJ, por intermédio de sua atividade normativa, tem cumprido um papel relevante no tocante à desjudicialização de demandas do Poder Judiciário para as serventias extrajudiciais, além da modernização, desburocratização e facilitação do acesso da população aos serviços notariais e registrais, sem falar na regulamentação de procedimentos previstos em lei cuja tramitação pode ser levada a efeito diretamente nos cartórios.

Há diversos atos normativos do CNJ referentes ao Registro Civil das Pessoas Naturais, dentre os quais abordaremos os que têm por finalidade regulamentar as relações de filiação e os seus efeitos.

Como se sabe, a Constituição, em seu art. 227, §6º, consagra a paridade de direitos e qualificações entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança de do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a proteção aos filhos ganhou ainda mais substância. O art. 27 do ECA estabelece que "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça". Já o art. 26 consagrou as formas de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, independentemente da origem da filiação[20].

O art. 19 do Provimento estabelece que "Ao tabelião de notas da circunscrição do imóvel ou do domicílio do adquirente compete, de forma remota e com exclusividade, lavrar as escrituras eletronicamente (...)". Para Vitor Kümpel (in *Debate sobre o provimento nº 100 do CNJ!* Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=C8PsjL0FkAo. Capturado em 30.06.2020), essa regra contraria a prevista no art. 8º da Lei 8.935/94, segundo a qual é livre a escolha do tabelião de notas e um Provimento do CNJ não pode vincular o particular, que não é membro do Poder Judiciário. Em outras palavras, o usuário não poderia ser obrigado a cumprir o Provimento, exigindo a aplicação do disposto no art. 8º da Lei 8.935/94 e escolhendo o tabelião conforme a sua confiança.

[20] No próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público.

A Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, por seu turno, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, detalhou ainda mais as formas pelas quais se pode promover o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento em seu art. 1º: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

A mesma Lei estabeleceu algumas vedações: a) a legitimação e reconhecimento de filhos na ata do casamento (art. 3º); b) a referência no registro de nascimento à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes (art. 5º); c) e a menção nas certidões de nascimento de indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal (art. 6º).

Além disso, a Lei 8.560/92 regulamentou o procedimento da investigação oficiosa da paternidade, nos casos de registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, que tem início perante o registrador civil e tramita em juízo, com a participação do Ministério Público na hipótese de o suposto pai não atender a notificação no prazo de trinta dias ou se negar a alegada paternidade, para fins de propositura da ação correspondente.

Como não poderia ser diferente, o Código Civil de 2002 trouxe disposições compatíveis com a Constituição e com as leis acima referidas no tocante à filiação, consagrando a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem[21] e repetindo as regras relativas ao reconhecimento dos filhos contidas na Lei 8.560/92[22].

---

[21] Vide art. 1.597.

[22] Vide art. 1.609.

Crítica pertinente feita por Maria Berenice Dias diz respeito à distinção, no Código Civil, dos filhos havidos da relação de casamento e dos nascidos fora do casamento dos pais, havendo a presunção de paternidade somente no primeiro caso. Pontua a autora que "Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da tentativa de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a quem não é o pai simplesmente para a mantença da estrutura familiar"[23].

Efetivamente, a família constituída pelo casamento e o parentesco biológico não devem mais ser tidos como preferenciais no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto a Constituição de 1988 proclama o afeto como a base das relações familiares. Passam a coexistir três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: o biológico, o jurídico e o socioafetivo[24]. O próprio Código Civil reconhece essa realidade ao dispor em seu art. 1.593 que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem".

No campo da filiação, além da biológica e da adotiva, tem-se a decorrente da fecundação heteróloga[25] e a socioafetiva. Todas merecem o mesmo tratamento, o que já é reconhecido pela doutrina[26] e pela

---

[23] *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 652.

[24] Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias (*idem*, p. 658/659): "Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: (a) critério jurídico - previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597); (b) critério biológico - é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; e (c) critério socioafetivo - fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa. Pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue. O Código Civil (1.596) repete a norma constitucional (227 § 6.º): os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Esses dispositivos se limitam a equiparar a filiação adotiva à filiação consanguínea, olvidando as filiações "de outra origem" (CC 1.593). Tanto a filiação decorrente da fecundação heteróloga, como a filiação socioafetiva, igualmente, geram vínculo de parentesco e são merecedoras dos mesmos direitos".

[25] Vide art. 1.597 do CC.

[26] Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (In: *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 564), filiação "(...) é a relação de parentesco estabelecida

jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que fixou tese com repercussão geral no sentido de que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios"[27], consagrando a inexistência de hierarquia entre esses vínculos e também o direito à multiparentalidade[28], com todas as consequências que lhe são correspondentes.

Falando-se em efeitos jurídicos decorrentes da filiação (ou de seu reconhecimento, voluntário ou forçado), seja a biológica seja a resultante de outra origem, o primeiro deles é o estabelecimento da relação jurídica de parentesco entre pai/mãe e filho/filha[29], ou seja, o estado de filiação, que enseja direitos e obrigações mútuos e que é personalíssimo, indisponível e imprescritível[30].

Desse primeiro efeito decorrem os demais, podendo-se mencionar os relativos: a) à guarda, ao direito de visita e ao poder familiar; b) aos alimentos; c) à sucessão hereditária; d) ao uso do nome; d) à impossibilidade de retroação do reconhecimento, dentre outros.

---

entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal".

[27] Tema 0622, RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

[28] Segundo Flávio Tartuce (In: *Manual de Direito Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1341), "Ao final, nota-se claramente que o julgamento do STF não estabeleceu a hierarquia entre a paternidade socioafetiva ou a biológica, devendo-se reconhecer a multiparentalidade como regra. Como sempre defendemos, não cabe um modelo fechado, uma monossolução, para resolver os conflitos familiares. A multiparentalidade, de fato, parece ser a tese vitoriosa que se retira do julgamento do Supremo Tribunal Federal (...)".

[29] Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.* São Paulo: Saraiva, 2017 (livro digital, e-pub).

[30] STJ, REsp 1.618.230/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 28.03.2017, DJe 10.05.2017.

Importante salientar que esses efeitos também se produzem em caso de reconhecimento da filiação socioafetiva[31] e nas situações de multiparentalidade[32].

Para que esses efeitos se produzam, no entanto, faz-se necessário que a filiação seja reconhecida pelos pais/mães, de forma voluntária ou forçada, ressalvadas as situações de presunção de maternidade e paternidade biológicas[33].

Como delineado linhas atrás, a lei facilitou bastante o reconhecimento da filiação, que pode ser realizado por ocasião do registro de nascimento, quando o pai e a mãe declaram a filiação, além das hipóteses de presunção de paternidade; por escritura pública ou escrito particular; por testamento; e por manifestação expressa e direta perante o juiz.

Não se pode olvidar que a lei buscou garantir o direito fundamental à identidade pessoal e ao conhecimento da origem biológica por meio da previsão constante do art. 2º da Lei 8.560/92, que consagra a possibilidade de averiguação oficiosa da paternidade, porém se trata de dispositivo de pouca utilização na prática[34].

---

[31] Relativamente aos efeitos sucessórios, explica Christiano Cassettari (In: *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 128) que "(...) serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito".

[32] A respeito dos alimentos, já decidiu o STJ que: "(...) Diante das circunstâncias do caso concreto, inexiste qualquer impedimento para o reconhecimento da multiparentalidade, sob pena de punir o filho em detrimento do descaso de seu pai biológico por anos a fio. Se este não pode ser compelido a tratar o autor como filho, deve ao menos arcar financeiramente com a paternidade responsável em relação à prole que gerou". (AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1607056/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 24/10/2019).

[33] A mulher que dá à luz uma criança presume-se sempre mãe biológica. Quanto ao pai, há as situações de presunção de paternidade contidas nos arts. 1597 e 1598 do Código Civil.

[34] Maria Berenice Dias (In: *Averiguação da paternidade: observações sobre as iniciativas do CNJ*. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_588)averiguacao_da_paternidade.pdf, capturado em 20.06.2020) critica bastante o instituto, após constatar a sua ineficácia: "Sequer a Lei 8.560/92, que criou um

Considerando a relevância do direito ao reconhecimento do estado de filiação, revelavam-se indispensáveis outros instrumentos para promovê-lo de forma ainda mais célere e desburocratizada, especialmente perante as Serventias do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Ora, se já se revelava possível o reconhecimento da filiação ser concretizado mediante escrito particular e por escritura pública, lavrada por tabelião de notas; se a legislação já admitia o reconhecimento por ocasião do registro de nascimento, por meio de declaração dos genitores; por que não permitir o reconhecimento da filiação a qualquer momento perante o Registrador Civil, por manifestação expressa e direta?

O primeiro passo nesse sentido foi dado pelo CNJ através do Provimento nº 12, de 06 de outubro de 2010, que instituiu o Programa Pai Presente[35], por meio do qual o próprio Poder Judiciário atuaria no sentido da instauração do procedimento de averiguação oficiosa da paternidade[36]. Havia possibilidade do reconhecimento acontecer após realização do exame de DNA, mas de forma consensual[37]. A participação

---

procedimento ágil para o reconhecimento dos filhos "havidos fora do casamento", surtiu resultados. Trata-se da chamada averiguação "oficiosa", que atribui ao Juiz de Direito o encargo instaurar o procedimento e realizar as audiências, providências que bem poderiam ser de responsabilidade do Juiz de Paz, a quem a Constituição Federal atribui competência para exercer atribuições conciliatórias sem caráter jurisdicional (CF 98 II)".

[35] Nos considerandos do Provimento, verifica-se que um dos motivos para sua edição foi justamente a constatação, em inspeções, do número insignificante de averiguações de paternidade conforme a Lei 8.560/92 e a efetividade de programas de reconhecimento voluntário de paternidade realizados pela Arpen e pelos Tribunais de Justiça de Alagoas, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

[36] Através dos dados constantes do Censo Escolar (identificação dos alunos e alunas matriculados sem o nome do pai), o juízo competente deveria providenciar a notificação da mãe, para que comparecesse perante o ofício/secretaria judicial, para que, querendo, informasse os dados do suposto pai. O aluno maior de idade deveria ser notificado pessoalmente, devendo também concordar com o procedimento.

[37] Maria Berenice Dias (In: *Averiguação da paternidade: observações sobre as iniciativas do CNJ*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_588)averiguacao_da_paternidade.pdf, capturado em 20.06.2020) critica os Provimentos 12 e 16 do CNJ exatamente por isso. Na opinião da autora, "A forma mais

do Registrador Civil se limitava à averbação do nome do pai no registro do filho ou filha.

Posteriormente, tendo em vista os bons resultados do Programa Pai Presente, o CNJ, editou, em 17 de fevereiro de 2012, o Provimento de nº 16, que regulamentou o procedimento de indicação dos supostos pais de menores que se achassem registrados sem paternidade estabelecida, sem obtenção, à época do registro, do reconhecimento de filiação nos termos do art. 2º, caput, da Lei nº 8.560/92. A qualquer tempo, durante a menoridade do filho ou filha, a mãe poderia comparecer pessoalmente perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais e apontar o suposto pai, para que fosse iniciado o procedimento previsto na referida Lei. A mesma faculdade foi garantida ao filho ou filha maior, mediante seu comparecimento pessoal à Serventia.

O Provimento 16/2012, no entanto, foi além, ao possibilitar, em seu art. 6º, o reconhecimento espontâneo da filiação perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais, a qualquer tempo, por escrito particular, sem intervenção do Ministério Público ou judicial (art. 7º), mas com anuência do filho ou filha maior ou da mãe, se menor, procedimento que pode ser inaugurado até mesmo perante Serventia diversa daquela em que lavrado o assento de nascimento.

O Provimento nº 26, de 12 de dezembro de 2012, por seu turno, instituiu o Projeto Pai Presente, similar ao Programa anterior, mas com a utilização dos dados fornecidos pelo Poder Executivo Federal. Interessante notar que, nos considerandos, houve expressa menção à possibilidade de reconhecimento de paternidade perante os Registradores Civis, nos termos do Provimento 16.

---

eficaz de assegurar direito ao registro seria notificar o indicado como genitor para reconhecer o filho ou comparecer em dia e hora já designado para submeter-se ao exame do DNA. O silêncio ou a ausência à perícia deveria autoriza a expedição do mandado de registro e a imposição do encargo alimentar. Caso queira alegar a inexistência do vínculo, ele que entre na justiça buscando a desconstituição do registro".

Outro grande avanço concernente à filiação decorreu do Provimento nº 52, de 14 de março de 2016, do CNJ. Conforme o seu art. 1º "o assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro "A", independentemente de prévia autorização judicial (...), mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo (...)".

A Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013 já havia garantido o casamento homoafetivo e a conversão da união estável homoafetiva em casamento nas serventias extrajudiciais e o Provimento 52/2016 assegurou o registro dos filhos de casais homoafetivos havidos por técnicas de reprodução assistida no Registro Civil sem intervenção judicial e sem distinção, no assento, quanto à ascendência paterna ou materna, em reforço ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Além disso, o Provimento 52/2016 tratou da reprodução assistida *post mortem* e da gestação por substituição (conhecida como barriga de aluguel), estabelecendo que não mais deveria constar do registro o nome da parturiente informado na Declaração de Nascido Vivo (DNV). O Provimento também dispôs expressamente que "o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida".

Sem sombra de dúvidas, no que diz respeito à filiação, a maior empreitada do CNJ consta do Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Entre outras medidas, o referido ato normativo inovou no ordenamento jurídico, ao dispor sobre o reconhecimento socioafetivo da filiação diretamente nas serventias do registro civil das pessoas naturais, sem a oitiva do Ministério Público e sem intervenção judicial.

Nesse ponto, cabe indagar: haveria fundamento normativo para que o reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva fosse

levado a efeito administrativamente, especialmente perante as serventias do registro civil das pessoas naturais[38]?

Segundo Paulo Lôbo[39], vários dispositivos do Código Civil evidenciariam a consagração da filiação de qualquer origem, inclusive a socioafetiva, a exemplo do art. 1.593, aqui já referido. No mesmo sentido, o art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que permite o reconhecimento de filhos independentemente da origem da filiação[40].

Outro argumento seria o de que a Lei 8.560/1992, ao tratar do reconhecimento dos filhos, inclusive por escrito particular, não distinguiu a filiação biológica da socioafetiva. Do mesmo modo, o art. 10, inciso II do Código Civil[41].

Inobstante tais argumentos, não há dispositivo legal que trate expressamente do reconhecimento da filiação socioafetiva, tampouco diretamente nas serventias extrajudiciais e, segundo se pensa, haveria necessidade de edição de lei federal versando sobre o tema, em respeito à regra constitucional de competência contida no art. 22, XXV, da CF,

---

[38] CAVALCANTI, Artur Osmar Novaes Bezerra e PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *Reconhecimento socioafetivo nas serventias do registro civil*. Disponível em http://www.falandoderegistrocivil.com.br/2020/06/reconhecimentosocioafetivocartorios.html, capturado em 30.06.2020.

[39] *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301-stj*. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf, capturado em 10.06.2020

[40] SALOMÃO, Marcos Costa e HAHN, Noli Bernardo. *O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a constituição federal de 1988*. Disponível em: http://www.colegioregistralrs.org.br:10091/_upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20DR%20NOLI_143197879304.pdf, capturado em 30.06.2020.

[41] *Idem ibidem.*

de modo que ato normativo do CNJ[42] que regulamente a questão afigura-se violador do princípio da reserva legal[43].

Apesar disso, é certo que o Provimento 63, que se tratou de mais uma medida de desjudicialização de demandas do Poder Judiciário para as serventias extrajudiciais, trouxe benefícios à população, facilitando a regularização de uma situação fática que se relaciona diretamente com o direito ao reconhecimento do estado de filiação e, em consequência, com a dignidade da pessoa humana.

Embora sejam evidentes tais benefícios, o Provimento 63 suscitou inúmeros debates e sofreu duras críticas[44], até que a discussão sobre seus pontos mais controversos chegou ao próprio CNJ, através do Pedido de Providências nº 0001711-40.2018.2.00.0000, formulado pelo Colégio de Coordenadores da Infância e da Juventude dos Tribunais de Justiça do Brasil.

Decidindo o referido PP, o Conselho Nacional de Justiça, acolhendo em parte o pedido, decidiu por alterar o Provimento 63, editando, em seguida, o Provimento de nº 83/2019, que trouxe

---

[42] Algumas Corregedorias estaduais já haviam tratado do reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva perante os cartórios de registro civil. O Tribunal de Justiça de Pernambuco, através do Provimento nº 09/2013, da lavra do então Corregedor Geral de Justiça em exercício, o Desembargador Jones Figueirêdo Alves. Posteriormente, outros Estados editaram Provimentos semelhantes, como o Ceará (Provimento 15/2013) e o Maranhão (Provimento 21/2013). Mas é certo que, com o Provimento 63/2017 do CNJ, a matéria foi regulamentada em todo o país.

[43] No mesmo sentido é o entendimento de Carlos Eduardo Rios do Amaral (In: *Nota sobre o Provimento nº 63/2017 do CNJ (paternidade socioafetiva).* Disponível em https://jus.com.br/artigos/66023/nota-sobre-o-provimento-n-63-2017-do-cnj-paternidade-socioafetiva, capturado em 30.06.2020).

[44] Seguem algumas das principais críticas ao Provimento 63 em sua redação original: a) não havia nenhuma regra nem procedimento relativos à averiguação/comprovação da posse do estado de filho ou filha; b) não fixava prazo mínimo para a configuração da posse de estado de filho, nem estabelecia idade mínima para que houvesse o reconhecimento, permitindo o reconhecimento da filiação em relação a bebês; c) trazia uma regra bastante confusa no tocante à multiparentalidade, em seu art. 14, de modo que não havia consenso sobre a possibilidade de haver o reconhecimento simultâneo da paternidade ou da maternidade socioafetiva.

significativas modificações, dentre as quais destacamos: a) restrição do reconhecimento voluntário relativamente às pessoas maiores de 12 anos; b) previsão expressa dos requisitos da estabilidade e da exteriorização social da maternidade ou da paternidade socioafetiva; c) exigência de comprovação, perante o registrador, da existência do vínculo afetivo de maternidade ou paternidade (apuração objetiva por meio da verificação de elementos concretos), por todos os meios em direito admitidos; d) necessidade de envio do processo ao Ministério Público, para parecer, só podendo ser concretizado o ato registral após manifestação favorável do seu representante; e) possibilidade de inclusão de apenas um ascendente socioafetivo, do lado paterno ou materno, com expressão previsão de que a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo depende de intervenção judicial.

É certo que as alterações advindas com o Provimento 83 do CNJ acomodaram a maioria das críticas doutrinárias às disposições do Provimento 63 e não há, até o momento presente, notícia de ação direta de inconstitucionalidade proposta em face do referido ato normativo, por ofensa ao princípio da reserva legal.

Ao que parece, há uma espécie de inconformismo seletivo por parte dos legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade, especialmente no tocante à atuação do Conselho Nacional de Justiça quanto à edição de resoluções e provimentos. É bom que se diga que o próprio CNJ parece também escolher quando deve ou não extrapolar os limites de sua competência normativa[45].

Ao que tudo indica, enquanto houver inércia e lentidão do Poder Legislativo, o CNJ continuará tomando para si a função de acomodar e regulamentar as mudanças sociais e a evolução do direito das famílias,

[45] Basta mencionar o que aconteceu com o divórcio impositivo, regulamentado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco. O CNJ, entendendo que a matéria está submetida à reserva legal, recomendou a revogação do Provimento pernambucano, apesar da previsão constitucional do divórcio como direito potestativo.

instituindo novos instrumentos de desjudicialização de demandas do Judiciário para as serventias extrajudiciais.

É bem verdade que essas medidas, de modo geral, especialmente as relacionadas ao direito das famílias e das sucessões, são bem vistas pela sociedade e não há como ser diferente.

Basta analisar a evolução do tratamento do direito ao reconhecimento do estado de filiação desde a Constituição de 1988 até a edição do Provimento nº 83/2019 pelo CNJ: quantas famílias foram beneficiadas pela desjudicialização, desburocratização e aceleração dos procedimentos de reconhecimento de maternidade/paternidade biológicas e socioafetivas e dos registros de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, que antes somente poderiam ser realizados por meio de ação judicial e agora podem ser implementados diretamente nas serventias do registro civil das pessoas naturais?

Resta saber se a postura do CNJ – quando se revelar ativista, mas benéfica à população – justifica o risco da contrariedade aos princípios da legalidade e da reserva legal e, em certa medida, à própria separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Nota sobre o Provimento nº 63/2017 do CNJ (paternidade socioafetiva)**. Disponível em https://jus.com.br/artigos/66023/nota-sobre-o-provimento-n-63-2017-do-cnj-paternidade-socioafetiva, capturado em 30.06.2020).

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos.** São Paulo: Atlas, 2015

CAVALCANTI, Artur Osmar Novaes Bezerra e PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Reconhecimento socioafetivo nas serventias do registro civil.** Disponível em http://www.falandoderegistrocivil.com.br

/2020/06/reconhecimentosocioafetivocartorios.html, capturado em 30.06.2020.

CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha e ROCHA, Virgínia Afonso de Oliveira Morais da. **O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo: reflexões à respeito da decisão do STF e da Resolução n. 175 do CNJ**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=83972220c2352bdc, capturado em 29.06.2020.

DIAS, Maria Berenice. **Averiguação da paternidade: observações sobre as iniciativas do CNJ.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_588)averiguacao_da_paternidade.pdf, capturado em 20.06.2020.

________________. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Tereza Fonseca e MENOSSI, Rita de Cássia. **Os limites da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) face aos serviços notariais de registro**. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/322678435_OS_LIMITES_DA_COMPETENCIA_NORMATIVA_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTICA_CNJ_FACE_AOS_SERVICOS_NOTARIAIS_E_DE_REGISTRO, capturado em 28.06.2020.

DIP, Ricardo. **A natureza e os limites das normas judiciárias do serviço extrajudicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2017 (livro digital, e-pub).

KÜMPEL, Vitor. **Debate sobre o provimento nº 100 do CNJ!** Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=C8PsjL0FkAo.

LÔBO, Paulo. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 STJ.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf, capturado em 10.06.2020.

SALOMÃO, Marcos Costa e HAHN, Noli Bernardo. **O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a constituição federal de 1988**. Disponível: http://www.colegioregistralrs.org.br:10091/_upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20DR%20NOLI_143197879304.pdf, capturado em 30.06.2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

COMO SE EFETIVA O DIREITO A MUDANÇA DE GÊNERO E NOME DA PESSOA TRANSGÊNERO POR VIA EXTRAJUDICIAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19?

Artur Osmar Novaes Bezerra Cavalcanti*
Roberto Paulino de Albuquerque Junior*

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 4275/DF[1] deu ao artigo 58 da Lei de Registros Públicos interpretação conforme a Constituição para reconhecer o direito dos transgêneros à alteração de prenome e gênero diretamente nas serventias do Registro Civil das Pessoas Naturais:

> ADI 4275 / DF DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DE PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta

---

* Mestre em direito pela UFPE. Registrador Civil das Pessoas Naturais.
* Doutor em direito pela UFPE. Professor de direito civil da Faculdade de Direito do Recife. Registrador de Imóveis.
[1] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4275/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371. Acesso em 20/06/2020.

> sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do pronome e da classificação do gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

Para viabilizar a alteração o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 73, datado de 28 de junho de 2018 que disciplina o procedimento administrativo que resultará na averbação da alteração de prenome e gênero nos assentos de nascimento e de casamento de pessoas transgênero diretamente nas serventias do Registro Civil, sem necessidade de procedimento judicial.

Restou possibilitada a realização de um procedimento administrativo em que o interessado sem necessidade de realização de cirurgia de redesignação ou de tratamentos hormonais (conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal), visto que a pessoa trans é titular de um direito formativo à mudança do gênero contido em seu assento registral, pode comparecer a qualquer serventia do Registro Civil e com base unicamente em um ato de autorregramento de vontade, solicitar, com a apresentação da documentação exigida, que o Registrador proceda à averbação em seu assento de da mudança de prenome e sexo (pois em verdade os assentos de nascimento não informam gênero).

Não cabe aqui descrever todos os aspectos procedimentais, até por estarem de claramente descritos no Provimento nº 73. Entretanto, alguns pontos chamam atenção: o caput do artigo 4º, o qual dispõe que o procedimento será realizado mediante declaração da vontade de realizar à adequação da identidade "perante o registrador do RCPN", o §2º do mesmo dispositivo que determina ao registrador que identifique a pessoa requerente mediante a coleta de sua qualificação e assinatura, e que proceda à conferência dos documentos originais apresentados, e também

o §3º, que estabelece que o requerimento será assinado pelo requerente na "presença" do registrador civil das pessoas naturais.

Com base nesses dispositivos denota-se a necessidade de que o requerente compareça presencialmente a uma serventia do Registro Civil das Pessoas Naturais para que possa dar início ao procedimento que resultará na averbação das alterações pretendidas.

Entretanto, de repente e sem nenhum tipo de preparo prévio, o mundo se viu vítima da pandemia da COVID-19[2], causada pelo novo vírus SARS-COV2. Uma das maiores recomendações das autoridades sanitárias, inclusive da OMS, foi, sem dúvida, a de distanciamento/isolamento social[3].

Diante das recomendações sanitárias e do estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), declarado por meio da Portaria nº 188/GN/MS, de 04 de fevereiro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou uma série de provimentos[4] regulamentando o funcionamento das serventias extrajudiciais durante a pandemia, os quais levaram em consideração além da necessidade evidente de tentar reduzir o risco de contaminação, o princípio da continuidade dos serviços públicos e

---

[2] A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content &view=article&id=6101:covid19&Itemid=875, acesso em 29/06/2020.

[3] "Mantenha pelo menos 1 metro de distância entre você e qualquer pessoa que esteja tossindo ou espirrando. Quando alguém tosse ou espirra, pulveriza pequenas gotas líquidas do nariz ou da boca, que podem conter vírus. Se você estiver muito próximo, poderá inspirar as gotículas – inclusive do vírus da COVID-19 se a pessoa que tossir tiver a doença". Disponível em: https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/ Acesso em 29/06/2020.

[4] Provimento nº 91, 22 de março de 2020; Provimento nº 93, de 26 de março de 2020; Provimento nº 94, de 28 de março de 2020; Provimento nº 95, de 1º de abril de 2020; Provimento nº 97, de 27 de abril de 2020; Provimento nº 98, de 27 de abril de 2020; Provimento Nº 105 de 12 de junho de 2020.

o fato de que os serviços extrajudiciais e, em específico, o Registro Civil das Pessoas Naturais, são essenciais para o exercício da cidadania.

Em virtude da essencialidade, as serventias do Registro Civil das Pessoas Naturais não devem fechar as portas, deixar de atender os usuários e prestar os serviços, pois mesmo durante a pandemia há necessidade de realização imediata dos registros, como os de nascimento e óbito, entre outros.

Entretanto, pode-se afirmar que os atendimentos presenciais foram enormemente reduzidos, não tendo havido, contudo, um padrão nacional. Como regra geral, a depender das específicas determinações de cada corregedoria e das autoridades sanitárias locais, foram instituídos plantões, reduções nos horários de atendimento e implantação de atendimento a distância.

Um aspecto que não pode ser esquecido é que as Serventias do Registro Civil das Pessoas Naturais estão espalhadas por todo o país, com uma capilaridade enorme, existindo em pequenos municípios e distritos longínquos em que por diversas vezes são quase que a única representação do Estado, mesmo que seja um particular a prestar o serviço público.

Ao mesmo tempo, trata-se de serventias pequenas e com recursos escassos, dificuldades que se aprofundam durante a pandemia, e sem um preparo prévio para situações de crise, o que inviabiliza a adoção rápida de implementações tecnológicas a possibilitar o atendimento telepresencial.

Nessa realidade, muitas vezes a única opção é de realização de atendimento presencial com o cumprimento das medidas de prevenção elencadas pelas autoridades sanitárias, conforme determina o §1º, do Artigo 1º, do Provimento nº 95, do CNJ.

Nos deparamos então com uma situação na qual há necessidade de que o procedimento para averbação de alteração de gênero e nome ocorra de forma presencial, concomitantemente com a exigência de redução nos atendimentos presenciais e, por muitas

vezes, com a inviabilidade técnica e financeira da adoção rápida do atendimento à distância, bem como com a inexistência de regulamentação para a realização remota do específico procedimento relativo às pessoas transgênero.

Um ponto a ser ressaltado é que o próprio Provimento nº 73 do CNJ já possui em si um facilitador, no sentido de evitar o deslocamento desnecessário, que é o permissivo constante do artigo 3º, parágrafo único, que autoriza que o procedimento de alteração de gênero e nome seja formulado em ofício do Registro Civil diverso daquele que lavrou o assento a ser alterado, situação na qual o procedimento será digitalizado e encaminhado à serventia responsável por proceder à averbação, mediante o sistema e-protocolo via Central do Registro Civil (CRC-Nacional)[5].

A realização do procedimento inteiramente de forma telepresencial, nas condições atuais, enfrenta problemas práticos consideráveis.

Para utilizar o meio telepresencial, é preciso que o requerimento seja enviado à serventia em formato PDF/A, assinado digitalmente com Certificado Digital ICP-Brasil.

Toda a documentação elencada no Provimento nº 73/2018 também deve vir na formatação correta e assinada digitalmente por seus emissores. O Registrador Civil pode recepcioná-la, poderia, em tese, confirmar a vontade do requerente por meio de videoconferência e, detentor de fé pública que o é, deixar consignado no processo

[5] Central esta que sofreu um grande golpe com a edição do Provimento nº 107/2020, do Conselho Nacional de Justiça, o qual proibiu que as centrais registrais e notariais fizessem cobranças ao consumidor final relativamente aos serviços prestados, que não se confundem com os serviços já remunerados aos oficiais. De maneira que, ou a central restará impossibilitada de existir, ou os custos de toda a manutenção do sistema (com a devida segurança de informações necessárias) acabarão por ser descontados dos próprios emolumentos, em violação expressa ao Artigo 28 da Lei 8.935, até que haja legislação específica em cada estado prevendo a remuneração a ser suportada pelo usuário quando da utilização dos serviços da central.

administrativo que a colheu desta forma. Presentes estes requisitos, ao final, realizar-se-á a averbação pretendida.

E por que afirmar que esse procedimento, na prática não é viável? Primeiramente em razão da inexistência de autorização específica por parte do Conselho Nacional de Justiça para a manifestação de vontade à distância. Em segundo lugar, em razão da inexistência de infraestrutura tecnológica em grande parte das serventias e demais órgãos públicos (os quais emitem documentos necessários para a instrução do procedimento administrativo), ou seja, dificilmente conseguiria o Requerente juntar a documentação nos formatos digitais e cumprir os requisitos necessários (que, na falta de regulamentação específica, seriam aqueles elencados no Provimento nº 95/2020).

Não se pode, ainda, deixar de observar que, nem todos os usuários do serviço registral dispõem dos recursos econômicos necessários para manifestar a vontade por meio de videoconferência, do lugar onde se encontram, bem como para cumprir os requisitos de digitalização e autenticidade dos documentos.

Por tais razões, a conclusão mais precisa para o presente momento de pandemia é que o procedimento de alteração de nome e gênero seja realizado de forma presencial, mediante agendamento prévio na Serventia do Registro Civil das Pessoas Naturais mais próxima, com a fiel observância de todos os regramentos sanitários em vigor.

Também é recomendável a regulamentação administrativa, pelo CNJ ou pelas Corregedorias Estaduais, da possibilidade de colher a manifestação de vontade por videoconferência, para dar segurança ao registrador e viabilizar o procedimento totalmente remoto, quando possível.

Não há dúvidas que a pandemia da Covid-19, irá acelerar de maneira bastante acentuada a implementação de novas tecnologias não só nas serventias de registros e notas, como também nos órgãos públicos em geral, o que se espera que, em breve, transforme e altere de maneira profunda a necessidade de comparecimento presencial.

Veja-se, por exemplo que no âmbito dos Tabelionatos de Notas, em 26 de maio de 2020 foi editado o Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina a prática de atos notariais eletrônicos, caminho sem volta que, a passos largos, deve ser adotado em todos os serviços extrajudiciais.

Por fim vale a pena ressaltar que, conforme dados da Arpen Brasil (CRC-Nacional), durante a pandemia do Covid-19, entre os dias 01 de março de 2020 e 31 de maio de 2020 foram realizados 251 procedimentos de alteração de nome e gênero nas Serventias do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Para que se possa ter um parâmetro comparativo, no período de 01 de dezembro de 2019 a 29 de fevereiro de 2020, esse número foi de 471 alterações.

Pode-se concluir que mesmo que o quantitativo tenha reduzido substancialmente, as Serventias do Registro Civil das Pessoas Naturais, durante o período de isolamento social, observando todas as medidas sanitárias, não deixaram de acolher e recepcionar os pedidos de alteração de nome e gênero, os quais mesmo durante a pandemia podem e devem ser praticados normalmente, com as cautelas devidas.

DIREITO DE FAMÍLIA E ARBITRAGEM: a desjudicialização de conflitos

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave[*]
Diogo Pignataro de Oliveira[*]

As relações de família têm passado por grandes transformações ao longo dos últimos anos. Até 1977 o casamento era indissolúvel e extremamente preservado, constituindo a única forma de família reconhecida e garantida pelo Estado. De 1977 a 1988, apesar da dissolubilidade do casamento, o divórcio dependia de requisitos materiais e temporais, o que dificultava sobremaneira a sua implementação.

Com a Constituição de 1988 houve o reconhecimento da existência de outras entidades familiares, incluindo-se no rol constitucional a união estável, de modo que as relações de fato começaram a ganhar efetivo reconhecimento jurídico como relações familiares.

Em 2010, com a Emenda Constitucional n. 66, os requisitos temporais (de 02 anos de separação de fato ou 01 ano de separação judicial) deixaram de constar no texto constitucional, trazendo aos cônjuges a possibilidade do divórcio imediato, a partir da regra

[*] Advogada. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN. Doutora em Direito Constitucional pela UFPE. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Estágio pós-doutoral na Uni-Münster - Westifälische Wilhelms-Universität Münster (WWU). Presidente do IPPC. Membro da ABDPRO. Membro da ANNEP. Membro do IBDP. Diretora Regional do IPDP. Membro do IBDFAM. Membro do CEAPRO. Conselheira Federal da OAB.
[*] Advogado inscrito na OAB/RN sob o nº 6.296. Membro das Comissões de Arbitragem e da de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB. Presidente da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Norte (FIERN). Árbitro. Professor do Departamento de Direito Privado da UFRN (Direito Internacional Privado e Arbitragem). Doutorando em Direito na Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN.

constitucional da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar (art. 226, §7º., CF).

Percebe-se, portanto, que a família tem passado por uma série de alterações que implicaram numa interferência do Estado cada vez menor na sua regulação, de modo que a definição de família a partir de concepções eminentemente privadas tem ganhado espaço.

Nesta perspectiva, esse texto se propõe a analisar a viabilidade da resolução de conflitos familiares por meio de arbitragem, saindo da esfera judicial para a adjudicação de soluções na seara do Direito de Família.

O Direito de Família tem peculiaridades que permitem afirmar que a categorização como "direito público" ou "direito privado" se torna bastante complicada[1]. Há questões relacionadas ao direito de família que se mostram eminentemente patrimoniais – como a definição do regime de bens do casamento – e outras que são notoriamente existenciais – como a determinação da filiação.

Há autores, como Rolf Madaleno, que definem a indisponibilidade das relações de família a partir da intervenção estatal, afirmando que "o teor de indisponibilidade do Direito de Família está dosado na exata medida em que permite a intervenção estatal e essa se ocupa em assegurar que certos preceitos não sofram o influxo da plena liberdade de contratar" (MADALENO, 2017, p. 21).

O certo é que as relações de família são as relações mais íntimas das pessoas, de modo que a interferência estatal deve se limitar ao mínimo necessário para garantir o pleno desenvolvimento das famílias e a proteção dos seus membros que estiverem em situação de vulnerabilidade.

Neste sentido apontam Farias e Rosenvald (2014, p. 46) ao afirmarem que "impõe-se reconhecer o enquadramento da relação de

---

[1] Neste sentido afirmam Farias e Rosenvald (2014, p. 47) que "apesar de inserido topologicamente na engrenagem do Direito Civil, o Direito das Famílias sofre interseções e limitações de ordem pública, propiciadas pela natureza indisponível e personalíssima de algumas de suas normas jurídicas, notadamente aquelas atinentes às *relações familiares existenciais*.

Direito das Famílias fundamentalmente no âmbito do direito privado, por se tratar da mais particular de todas as relações que podem ser estabelecidas no âmbito da ciência jurídica".

E a evolução das normas relacionadas à solução de litígios nas relações de família tem sido exatamente no sentido de conferir uma mínima participação estatal. Tal fato pode ser demonstrado por meio de três alterações legislativas significativas:

1. o art. 222 do CC/1916[2], que previa a figura do "curador do vínculo" não foi reproduzido no Código Civil vigente;
2. a importância que a mediação ganhou no procedimento estabelecido para a resolução das demandas familiares; e
3. a desnecessidade de participação do Ministério Público nas ações de família que não envolvam incapazes ou que trate de violência doméstica[3].

Assim, percebe-se que a atuação estatal como "tutora" das relações familiares tem perdido espaço ao longo do tempo – o que é salutar – permitindo-se que as famílias escolham sua especial forma de ser, de se formar e de resolver seus conflitos.

A arbitragem é um meio alternativo ao Poder Judiciário para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, tal qual na esfera de solução estatal dos conflitos, que recebem seus poderes para assim agir e atuar de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia de uma sentença judicial. Coloca-se à

---

[2] Art. 222. A nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, na qual será nomeado curador que o defenda.

[3] Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo. Parágrafo único. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2009, p. 31).

É um meio heterocompositivo de solução de controvérsias, por meio do qual um terceiro escolhido pelas partes, direta ou indiretamente, decide a questão com a mesma força jurídica de uma sentença judicial[4]. Desse modo, nada há de diferente no resultado final, mas sim na construção da sentença e na própria formação em si do processo que levará a ela, vez que a arbitragem tem como pressuposto básico e fundamental o respeito pleno e absoluto à autonomia da vontade das partes e de seus interesses exclusivos, razão pela qual a Lei de Arbitragem consigna em seu artigo 1º que a arbitragem dirige-se às pessoas capazes de contratar, a fim de dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A vontade é, nas lições de Leonardo de Faria Beraldo (2014, p. 8), a raiz do que se pode chamar de direito arbitral, uma vez que somente existirá acaso preexista um convenio arbitral que, por óbvio, depende da comunhão de vontade das partes em renunciarem à jurisdição estatal em prol da jurisdição arbitral para a busca da solução por um terceiro naquele caso. Dita autonomia, inclusive, permite às partes, seguidamente à escolha da via arbitral, também escolherem livremente as regras de direito material e processual que nortearão o procedimento, com a ressalva da não violação delas à ordem pública e aos bons costumes[5].

---

[4] Lei Federal nº 9.307/96 ("Lei de Arbitragem"): Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

[5] Lei de Arbitragem:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

A acima referida “alternatividade” da arbitragem refere-se à sua colocação como meio de solução de controvérsias que propiciará às partes idêntico resultado final – sentença de mérito como título executivo judicial – ao usual e tradicionalmente ofertado unicamente pela jurisdição estatal, quando o Estado-Juiz se manifesta em toda e qualquer lide a que é chamado, inclusive nas afeitas a direitos patrimoniais disponíveis e que envolvam pessoas capazes de contratar.

Talvez por revelar um possível entendimento de relevância secundária, o termo “alternativo” passou aos poucos a ser substituído por “adequado”, especialmente porque em um sistema multiportas de resolução de disputas, são oferecido aos litigantes diversos métodos para melhor propor uma definição final ao caso, de modo que a tarefa complexa no início é a de saber escolher aquele mais adequado ao caso concreto, podendo ser a arbitragem, o próprio judiciário ou alguns dos meios de autocomposição (negociação, conciliação e mediação), os primeiros que devem ser buscados.

É fundamental apontar que, em respeito exatamente à autonomia da vontade das partes e por envolver sempre – e unicamente – disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas capazes de contratar, as partes podem perfeitamente encetar a convenção de arbitragem com uma fase prévia de mediação, a chamada cláusula med/arb, de modo que a resolução do conflito se inicia pela mediação, podendo findar por seu intermédio ou, caso não assim o faça, a cláusula pactuada já levará as partes, automaticamente, para outro ambiente de solução extrajudicial do conflito, agora envolvendo um terceiro que decidirá o caso em definitivo.

A arbitragem, quando entendida como a forma mais adequada de solução para aquele caso, se forma por meio de um Tribunal Arbitral composto de um ou mais árbitros, os quais processarão e julgarão o feito em um ambiente completamente extrajudicial, sendo a intervenção do Poder Judiciário somente necessária para conferir coerção a atos determinados na esfera arbitral, porém não cumpridos voluntariamente por quem quer que

seja (exemplos: condução de testemunhas para coleta de depoimentos, fornecimento de documentos e/ou informações, implementação de medidas de urgência, execução de decisões arbitrais).

Adentrando agora um pouco em uma das questões mais polêmicas relativas à arbitragem – acima mencionada apenas de maneira descritiva – e que, por consequência, será a tônica das discussões no próximo capítulo sobre a possibilidade da ocorrência da arbitragem para a solução de conflitos no âmbito das relações familiares, bem como as formas, os meios e os limites que devem (ou não) existir, chega-se à temática da "arbitrabilidade", a qual se refere, em resumo, segundo Joaquim de Paiva Muniz, aos limites aplicáveis à submissão de determinada lide à arbitragem, devendo ser vista de dois ângulos, um denominado subjetivo (*ratione personae*), condizente a quem pode participar da arbitragem, e outro objetivo (*ratione materiae*), concernente aquilo que pode ser objeto de resolução pela via arbitral (2017, p. 47).

Assim, extrai-se do já referido artigo 1º da Lei de Arbitragem que a convenção de arbitragem formulada pelas partes tem natureza estritamente contratual[6], sendo justamente por conta desta ótica conferida que há a sua sujeição às regras de capacidade civil estabelecidas no Código Civil, tanto para as pessoas naturais, quanto para as jurídicas. Os limites da arbitrabilidade subjetiva, neste contexto, encontram-se sedimentados nos limites já existentes para toda e qualquer

---

[6] Deve-se aqui ponderar que a discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem como um todo (e não da convenção de arbitragem em si, sobre o que se está a falar acima, fazendo a devida separação desde logo, por oportuno), suscita basicamente quatro teorias: a privatista ou contratualista, que não vê na arbitragem como um todo, do começo ao fim, um negócio jurídico; a publicista ou jurisdicionalista, que confere natureza unicamente jurisdicional à arbitragem; a teoria intermediária ou mista, alusiva ao nascimento da arbitragem, sim, por meio de um negócio jurídico, porém que em seguida se desenvolve em um espaço que não está fora do sistema jurídico, submetendo à ordem legal; e a teoria autônoma, que identifica a arbitragem como algo desvinculado de qualquer sistema jurídico, uma jurisdição própria, que nasce e se desenvolve de modo diferente ao tradicional (estatal).

contratação, sendo peculiares as lições nos detalhamentos desses limites trazidos por Antônio Carlos Carmona (2009, p. 37):

> A capacidade jurídica consiste – como lembra Angelo Favata – "na aptidão de tornar-se sujeito de direitos e de deveres", sendo tal capacidade o pressuposto de todos os direitos e obrigações. Esta aptidão genérica está estampada no art. 1º do Código Civil brasileiro, sendo certo que a capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, já que uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício, razão pela qual seu representante legal é que o exercerá, em seu nome. Também pode a capacidade sofrer restrições quanto ao seu exercício por força de outras ocorrências, tais como a idade (maioridade ou menoridade), fatores físicos (toxicômanos) ou psicológicos (deficiência mental). A estes a lei denomina incapazes, dando-lhes proteção jurídica, que se realiza por meio da representação ou assistência, o que lhes possibilita o exercício de direitos.

Aliada à arbitrabilidade subjetiva, tem-se a arbitrabilidade objetiva, atinente à verificação, consoante acima posto, das matérias que podem vir a ser dirimidas pela arbitragem. Nesta medida, é preciso estar em discussão "direitos patrimoniais disponíveis", sendo estes entendidos como os direitos possuidores de valor econômico, quantificáveis financeiramente de algum modo e que consignam utilidade econômica para o seu titular (aspecto patrimonial) e, concomitantemente, não encontrem vedação ou impedimento previsto em algum preceito legal para sua livre fruição por parte de seu detentor (aspecto da disponibilidade).

Usualmente, seguindo as linhas limitadores acima definidas, classificam-se como matérias não suscetíveis de terem controvérsias encampadas pela via arbitral, segundo a legislação brasileira: as relações de persecução criminal do Estado, as relações fiscais entre contribuinte e Estado, as questões de estado (da pessoa natural, tais quais, personalidade, nome, filiação) e de direito pessoal de família.

A despeito da inexistência de previsão legal específica a respeito da possibilidade (ou não) da arbitragem solucionar demandas surgidas das relações familiares, ainda que, minimamente, não para todos os casos, é com base nas limitações acima apontadas de arbitrabilidade que se deve fazer os exercícios interpretativos para se concluir pela compatibilidade – ainda que parcial – ou não da arbitragem com o direito de família.

Na visão de Francisco José Cahali (2018, p. 456), sendo o litígio restrito a efeitos meramente patrimoniais, ainda que decorrente de relações familiares, inexistiria óbice legal, tanto no direito de família, como na legislação arbitral para a utilização deste expediente na solução dos conflitos (arbitrabilidade objetiva), sempre no pressuposto de se verificar a capacidade das partes (arbitrabilidade subjetiva).

Situação bastante clara em termos de possibilidade, a nosso sentir, reside na partilha de bens decorrentes da dissolução do casamento ou da união estável, bem como na questão relativa aos alimentos quando se trata de obrigação alimentar envolvendo maiores (decorrente do casamento, da união estável ou, até, do parentesco entre ascendentes e descendentes, mas não mais do poder familiar), compreendendo que a disposição patrimonial quanto aos bens e direitos envolvidos, em juízo ou fora dele (inclusive em âmbito cartorial) também perfaz uma conclusão lógica de que podem, previamente, convencionar acerca da esfera arbitral para a solução de disputa tendo tal ponto como objeto.

Ideia similar, mas relacionada ao divórcio extrajudicial é defendida por Rolf Madaleno (2016, p. 301), com suporte no enunciado 571 das VI Jornada de Direito Civil do STJ, no sentido de que a existência de filhos incapazes não obsta a realização do divórcio extrajudicial, desde que as questões envolvendo os incapazes seja discutida em demanda perante o Poder Judiciário (guarda, visitas e alimentos).

Desta feita, a possibilidade de submissão da questão à arbitragem é, assim, vista também como forma de concretizar o princípio de que a jurisdição, no Brasil, é inafastável e universal – há a jurisdição

civil estatal, regulada pelo Código de Processo Civil, e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante (DIDIER, 2013, p. 73-74) e pelas normas adotadas pelas partes, expressa ou tacitamente. No entanto, não são todos – muito ao contrário – que comungam da ideia de ser possível sim vislumbrar soluções de relações familiares na esfera arbitral, restando elencadas – para os que não admitem – questões de difícil superação nos âmbitos objetivo e subjetivo (da arbitrabilidade)[7].

---

[7] Flávio Tartuce, por exemplo, em artigo publicado eletronicamente, intitulado "Da extrajudicialização do Direito de Família e das Sucessões", apresentou três objeções principais: "*A primeira objeção diz respeito à grande dificuldade existente na separação das matérias puramente patrimoniais daquelas de feição existencial, no âmbito familiar. Como se sabe, nos termos da legislação brasileira, 'as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis' (art. 1º da lei 9.307/96). Ademais, o Código Civil de 2002 é claro ao excluir da arbitragem as questões relativas ao direito existencial ao Direito de Família, enunciando o seu art. 852 que é vedado compromisso arbitral para solução de questões de estado, de Direito Pessoal de Família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Mesmo as questões relativas ao regime de bens entre cônjuges e companheiros têm alguma faceta existencial, o que afastaria a viabilidade jurídica da arbitragem, pois não há o previsto conteúdo puramente patrimonial. A propósito, seguindo parcialmente essa linha de interpretação, recente aresto do Tribunal catarinense considerou que 'em conformidade com o disposto no art. 1º da lei 9.307/96, a arbitragem pode ser utilizada exclusivamente para resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, de forma que resta afastada, regra geral, sua aplicação sem relação às lides envolvendo Direito de Família' (TJ/SC, Apelação cível 2015.068323-3, Balneário Camboriú, Quinta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, julgado em 22/3/2016, DJSC 8/4/2016, p. 233). Como segunda objeção, os conflitos familiares carregam em seu âmago um forte e intenso afeto — no caso, um afeto negativo —, fazendo com que os direitos se situem em uma ordem de indisponibilidade, como regra. Tanto isso é verdade que o Código Civil é taxativo no sentido de serem os alimentos irrenunciáveis (art. 1.707), apesar da existência de corrente que prega a possibilidade de sua renúncia. A propósito, pontue-se que quando daquela Jornada houve um debate intenso sobre a possibilidade de a arbitragem atingir as relações de consumo. Após muita divergência, a plenária do evento acabou por não aprovar qualquer proposta, entre outras razões porque o conteúdo dos direitos consumeristas é, em regra, indisponível. Se há essa dificuldade na relação de consumo, imagine-se a barreira a transpor na relação de cunho familiar, por vezes também uma relação entre desiguais, em especial no plano econômico. Essa desigualdade ou assimetria, percebida como regra, acaba por colocar em xeque a afirmação da liberdade, defendida por aqueles que são favoráveis à arbitragem nesse*

As três objeções mencionadas por Flávio Tatuce (2016) não se mostram suficientes a impedir a utilização da arbitragem para solucionar conflitos na área de família, uma vez que a dúvida sobre a disponibilidade ou não de um determinado direito pertencente a pessoas maiores e capazes deve ser resolvida a partir da regra constitucional da preservação da liberdade do cidadão (ao Estado é reservada a mínima intervenção na liberdade das pessoas), agregado ao fato de que as questões afetivas devem ser solucionadas da forma que melhor aprouver aos interessados – a arbitragem demanda a expressa manifestação de vontade das partes em cláusula arbitral.

Em conclusão, percebe-se que há no Direito de Família direitos que permitem uma ação extrajudicial (escolha de regime de bens e, portanto, realização da partilha dos mesmos) ou mesmo uma inação[8] no sentido de se cobrar direitos dito indisponíveis (basta dizer que os alimentos somente são fixados por acordo ou ação judicial, sendo certo que se a parte se mantiver inerte não haverá possibilidade de cobrança de valores de "alimentos vencidos").

âmbito. A terceira objeção, decorrência natural da segunda, é que o afeto pode estar preso ao patrimônio, como no exemplo concreto da insistência de um ou outro ex-consorte em permanecer com um determinado bem. As contendas e demandas familiares são multifacetadas, havendo grande dificuldade em se separar os bens das afeições de cada um dos cônjuges e companheiros. Mais uma vez, fica difícil a cisão entre as pretensões existenciais e as patrimoniais. Sem falar que esse apego quanto a bens também pode atingir os filhos, especialmente os incapazes".

[8] "A margem a natureza da obrigação, como pessoal ou patrimonial, que não permite chegar a nenhuma conclusão definitiva, importa, a aceitar-se a colocação da obrigação alimentar no direito patrimonial das famílias, na lei civil geral, constatar que há muito a boa doutrina entende que, a priori, não se pode renunciar ao direito a alimentos, mas é possível não ser exercido esse direito, como dispõe a lei civil. Diante do que estabelece a lei e sua interpretação, não seria tolerável, portanto, em um pacto antenupcial, admitir-se a renúncia recíproca a alimentos em caso do rompimento do laço conjugal ou de convivência. Mas, uma vez cessada a comunhão decorrente do casamento ou de simples companheirato, nada obsta a renúncia, ou, com se queira, o não exercício desse direito".

Para tais direitos, em não havendo prejuízo a incapazes, não há razão que impeça a utilização da arbitragem como meio de solução heterocompositiva, especialmente em face das recentes alterações na legislação nacional.

REFERÊNCIAS

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

CARMONA, Antônio Carlos. **Arbitragem e processo,** 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

DIDIER. Fredie Júnior. **A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil.** Revista do TST, Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez 2013, p. 73-81.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Famílias**. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; e MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2017.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **A Arbitragem no Direito de Família**. in.: Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Belo Horizonte, 2014. p. 361-369.

TARTUCE, Flavio. **Da extrajudicialização do Direito de Família e das Sucessões**. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/4d7ea-extrajudicia_outras.docx. Acesso em: 06 de julho de 2020.